بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الواحد العدل[1]

كتاب التحرى[2]

حدثنا أبو عصمة[3] قال أخبرنا أبو سليمان قال: سمعت محمدا يقول:

---

(١) كذا فى م، ولم تذكر البسملة و الحمدلة فى بقية الأصول.

(٢) التحرى لغة هو الطلب و الابتغاء، كقول القائل لغيره: أتحرى مسرتك ـ أى أتطلب مرضاتك. قال تعالى "فاولئك تحروا رشدا" و هو و التوخى سواء إلا أن لفظ «التوخى» يستعمل فى المعاملات و «التحرى» فى العبادات، قال صلى الله عليه وسلم للرجلين اللذين اختصما فى المواريث إليه: اذهبا و توخيا و استهما و ليحالل كل واحد منكما صاحبه؛ و قال صلى الله عليه و سلم فى العبادات: إذا شك أحدكم فى صلاته فليتحر الصواب؛ و فى الشريعة عبارة عن طلب الشىء بغالب الرأى عند تعذر الوقوف على حقيقته، و قد منع بعض الناس العمل بالتحرى لأنه نوع ظن و الظن لا يغنى من الحق شيئا و لا ينبغى الشك به من كل وجه، ومع الشك لايجوز العمل ولكنا نقول: التحرى غير الشك والظن، فالشك أن يستوى طرف العلم بالشىء و الجهل به. و الظن أن يترجح أحدهما بغير دليل، و التحرى أن يترجح أحدهما بغالب الرأى، و هو دليل يتوصل به إلى طرف العلم و إن كان لا يتوصل به إلى ما يوجب حقيقة العلم، =

= و لأجله سمى تحريا ، فالحرى اسم الجبل على طرف المفاوز ، و الدليل على ما قلنا الكتاب و السنة ، أما الكتاب فقوله تعالى " فامتحنوهن الله اعلم بايمانهن فان علمتموهن مؤمنٰت " وذلك بالتحرى وغالب الرأى فقد أطلق عليه العلم ، و السنة قوله صلى الله عليه و سلم : المؤمن ينظر بنور الله ؛ و قال صلى الله عليه و سلم : فراسة المؤمن لا يخطئ ؛ و قال صلى الله عليه و سلم لوابصة : ضع يدك على صدرك فالإثم ما حاك فى قلبك و إن افتاك الناس ؛ و شيء من المعقول يدل عليه فان الاجتهاد فى الأحكام الشرعية جائز للعمل به و ذلك عمل بغالب الرأى ثم جعل مدركا من مدارك أحكام الشرع و إن كان لا يثبت به ابتداء ، فكذلك التحرى مدرك من مدارك التوصل إلى أداء العبادات و إن كانت العبادة لا تثبت به ابتداء ، و الدليل عليه أمر الحروب فانه يجوز العمل فيها بغالب الرأى مع ما فيها من تعريض النفس المحترمة للهلاك ؛ فان قيل : ذلك من حقوق العباد و تحقق الضرورة لهم فى ذلك كما فى قيم المتلفات و نحوها و نحن إنما أنكرنا هذا فى العبادات التى هى حق الله تعالى ! قلنا : فى هذا أيضا معنى حق العبد و هو التوصل إلى إسقاط ما لزمه أداؤه ، و كذلك فى أمر القبلة فان التحرى لمعرفة حدود الأقاليم وذلك فى حق العبد، وفى الزكاة التحرى لمعرفة صفة العبد فى الفقر و الغنى فيجوز أن يكون غالب الرأى طريقا إلى الوصول إليه - اه ما قاله السرخسى فى شرح المختصر ج ١٠ ص ١٨٦ .

(٣) وهو سعد بن معاذ المروزى ، من فقهائنا، لم أجده فى كتب الرجال المشهورة ولا فى طبقات الحنفية ، و يذكره أبو المؤيد الموفق فى مناقب إمامنا كثيرا و يروى عنه ، روى عن سهل و محمد ابنى مزاحم المروزيين من أصحاب إمامنا ، وهما ذكرهما ابن أبى حاتم فى الجرح و التعديل، قال : سهل بن مزاحم المروزى أبو وهب كان يقال إنه من الأبدال ، روى عن عبد العزيز ، روى عنه حبان بن موسى المروزى - ج ٢ ق ١ ص ٢٠٤ . و قال أبو المؤيد موفق بن أحمد ٢ / ٨٩ من مناقبه : وسهل بن مزاحم هذا من كبار أئمة مرو ، صحب أبا حنيفة و ناظره =

إذا

إذا خرج[١] الرجل[٢] بزكاة ماله يريد أن يتصدق بها فأعطاها قوما ولم يحضره[٣] عند إعطائها أن الذين أعطاهم فقراء ولا أغنياء ذهل عن

= و روى عنه، وكان يعد من عباد خراسان و زهادهم ـ اه. و محمد بن مزاحم ذكره ابن أبى حاتم فى ج ٤ ق ١ ص ٩٠ من كتاب الجرح والتعديل، قال: محمد بن مزاحم أبو وهب أخو سهل بن مزاحم المروزى، روى عن مقاتل بن حيان، روى عنه محمد بن على بن الحسن بن شقيق ـ اه. و ذكره البخارى أيضا فى ج ١ ق ١ ص ٢٢٨ من تاريخه الكبير، قال: محمد بن مزاحم أبو وهب و هو أخو سهل المروزى، يقال موالى بنى عامر، مات سنة تسع و مائتين، و مات سهل قبل المائتين، سمع ابن المبارك ـ اه. وهو من رجال التهذيب، روى له الترمذى، راجع ج ٩ ص ٤٣٧ من تهذيب التهذيب، و روى أبو عصمة هذا عن أبى سليمان الجوزجانى و إبراهيم بن رستم و عمر بن حماد بن أبى حنيفة و عن يحيى بن أكثم، روى عنه أبو جعفر محمد بن أحمد القاضى و يوسف بن يعقوب و أبو العباس أحمد بن سعيد المروزى و أحمد بن على المروزى و عمران بن فرنيام و أبو يعقوب الغزال وإبراهيم بن منصور البخاريون و أبو يعقوب الغزال أظنه يوسف بن يعقوب ـ راجع ص ٧٤، ٧٨، ٨٢، ١١٤ من الجزء الأول من المناقب و ص ٣٤ من الجزء الثانى منه. قلت: بل أكثر منه الرواية فى مناقبه و ذكره فى سوى المقامات المذكورة أيضا فهو من المعروفين.

(١) كذا فى الأصول، و فى المختصر «و اذا تصدق».

(٢) سقط لفظ «الرجل» من هـ. قلت: بدأ الكتاب بمسائل الزكاة و كان الأولى أن يبدأ بمسائل الصلاة لأنها مبتدأة فى القرآن، و كأنه فعل ذلك لأن معنى حق العبد فى الصدقة أكثر فانه يحصل بها سد خلة المحتاج، أو لأنه وجد فى باب الصدقة نصا و هو حديث يزيد السلمى على ما بينه فبدأ بما وجد فيه النص ثم عطف عليه ما كان مجتهدا فيه ـ أفاده السرخسى.

(٣) و فى هـ «لم يحضر» و فى المختصر «و لم يحضر نيته».

ذلك و لم يسألوه ، فلما أعطاهم تفكر فى ذلك فلم يدر أغنياء هم أم لا ؟
فان ذلك يجزيه ، فان علم على أى هيئة كانوا حين أعطاهم فوقع فى
قلبه أن بعضهم كان محتاجا عليه هيئة المحتاج و أن بعضهم كان غنيا
عليه هيئة الأغنياء و كان على ذلك[1] أكبر رأيه و ذلك بعد الإعطاء
٥ أجزته عطيته[2] لمن كان أكبر[3] رأيه أنه فقير ، و لم تجزه عطيته لمن[4]
أكثر رأيه أنه غنى ، لأن من خرج بزكاة ماله يريد أن يتصدق بها
فهو عند ما يريد أن يعطيها الفقراء، فمن أعطى من الناس فهو فقير يجزيه
عطيته إياه إلا أن يكون أعطى من أكثر[5] رأيه أنه غنى[6] فاذا كان على
ذلك لم تجزه عطيته إلا أن يعلم أنه فقير فتجزيه[6] عطيته .
١٠ فأما إذا أعطى رجلا يرى أنه فقير و لم يسأله و لم يأت من أمره
أمر يدل أنه فقير [7]فظن أنه فقير[7] فأعطاه أو أعطاه على غير ظن
حضره ثم ظن بعد العطية أنه فقير ثم علم بعد ذلك أنه غنى لم يجزه
ما أعطاه ، لأنه أعطاه على غير مسألة و لا دلالة .

---

(١) سقط قوله «على ذلك» من ه .
(٢) و فى ه «عطية» و ليس بشىء .
(٣) و فى م «اكثر» .
(٤) كذا فى الأصل ، و فى م «زمن» .
(٥) و فى ز «اكبر» .
(٦) من قوله «و لم تجزه عطيته» س ه ساقط من ه .
(٧ - ٧) سقط قوله «فظن انه فقير» من ه .

و إن كان الرجل سأله و أخبره أنه محتاج فأعطاه ثم علم بعد ذلك
أنه غني فان أبا حنيفة قال في ذلك : يجزيه[1] زكاته، و كذلك قول محمد،
و أما في قول أبي يوسف فلا يجزيه إذا علم أنه غني؛ و قال : هو بمنزلة
رجل توضأ بماء غير طاهر ثم صلى و هو لا يعلم فهو يجزيه ما لم يعلم،
فاذا علم أعاد الوضوء و أعاد الصلاة . و قال محمد : لا تشبه[2] الصلاة ٥
الصدقة لأن هذا لا تعد صلاته صلاة لأنه صلى[3] على غير وضوء، و المتصدق
صدقته جائزة عليه، ألا ترى أنه لو أراد أن يأخذها من الذي أعطاها
إياه لم يكن له ذلك في الحكم لأنها صدقة نافذة جائزة لا رجوع فيها
ولو كان له أن يأخذها من المتصدق عليه لأنها ليست بصدقة كان هذا
قياس الصلاة بغير وضوء لأن الصلاة بغير وضوء ليست بصلاة، فينبغي ١٠
أن تكون هذه ليست بصدقة، و ينبغي لصاحبها أن يأخذها من المتصدق
عليه، فاذا[4] كان لا يقدر على أخذها منه كانت صدقة تامة فكيف
يغرمها[5] صاحبها مرتين ولم يكن على صاحبها أكثر من الذي صنع؟
و قد وافقنا أبو يوسف أن الصدقة لا ترد على صاحبها و لكنها نافذة
للتصدق عليه، و لذلك[6] افترقت الصدقة و الصلاة على غير وضوء؛ ١٥

---

(١) و في ه « تجزيه » .
(٢) و في ه « يشبه » .
(٣) سقط قوله « صلى » من ه، م .
(٤) و في ه، م « فان » .
(٥) و في ه « يعرفها » .
(٦) كذا في ه، و في الأصل و كذا في م، ز « كذلك » .

إنما مثل الصدقة على الغنى إذا تصدق عليه و هو لا يعلم ثم علم بعد ذلك رجل صلى و تحرى القبلة أو أخبره[1] مخبر أن القبلة كذا فصلى بقوله أو بتحريه حتى إذا فرغ علم أنه صلى[2] لغير القبلة فصلاته تامة، و لا إعادة عليه فيها لأنه صلى و لم يكن عليه[3] أكثر من الذى صنع. فكذلك

٥ الصدقة على الغنى إذا لم يعلم و سأله و أخبره أنه فقير فليس عليه أكثر مما[4] صنع، و لو لم يخبره أنه فقير و لم يسأله عن ذلك و لكنه صادفه فى مجلس الفقراء قد صنع صنيع[5] أصحاب المسألة فأعطاه كان هذا بمنزلة من سأله و أخبره أنه فقير، لأن هذا دلالة على الفقر[6] بمنزلة المسألة. و قد يجىء من هذا ما هو أدل من المسألة أو قريب منها أو مثلها.

١٠ و كذلك فى قول أبى حنيفة و محمد[7] إن أعطى ذميا من زكاته و قد أخبره

(١) كذا فى ع، ز؛ و فى م «فأخبره».

(٢) سقط من قوله «و تحرى القبلة» س ٢ من ه.

(٣) سقط لفظ «عليه» من ه.

(٤) و فى ه «ما».

(٥) لفظ «صنيع» ساقط من ه وهو فى الأصول «صنع» والصواب «صنيع».

(٦) و فى م «الفقراء» و ليس بصواب.

(٧) قلت: شرح السرخسى هذه المسألة فى شرح المختصر فقال: (مسألة الزكاة على اربعة اوجه: احدها ان يعطى زكاة ماله رجلا من غير شك و لا تحر ولا سؤال فهذا يجزيه ما لم يتبين انه غنى) لأن مطلق فعل المسلم محمول على ما يصح شرعا و على ما يصح فيه تحصيل مقصوده و على ما هو المستحق عليه حتى يتبين خلافه، فان الفقر فى القابض اصل، فان الإنسان يولد ولاشىء له، والتمسك =

بالأصل

= بالأصل حتى يظهر خلافه جائز شرعا فالمعطى فى الإعطاء يعتمد دليلا شرعيا فيقع المؤدى موقعه ما لم يعلم أنه غنى ، فاذا علم ذلك فعليه الإعادة لأن الجواز كان باعتبار الظاهر ولا معتبر بالظاهر اذا تبين الأمر بخلافه (فان شك فى أمره بأن كان عليه هيئة الأغنياء أو كان فى أكبر رأيه أنه غنى و مع ذلك دفع إليه فانه لا يجزيه ما لم يعلم أنه فقير) لأن بعد الشك لزمه التحرى ، فاذا ترك التحرى بعد ما لزمه لم يقع المؤدى موقع الجواز إلا أن يعلم أنه فقير (فحينئذ يجوز) لأن التحرى كان لمقصود و قد حصل ذلك المقصود بدونه فسقط وجوب التحرى ، كالسعى إلى الجمعة واجب لمقصود و هو أداء الجمعة فاذا توصل إلى ذلك بأن حمل إلى الجامع مكرها سقط عنه فرض السعى ؛ (و الثالث أن يتحرى بعد الشك و يقع أكبر رأيه أنه غنى فدفع إليه) مع ذلك (فهذا) لا يشكل أنه (لا يجزيه ما لم يعلم بفقره ، فاذا علم فهو جائز) وهو الصحيح ، و قد زعم بعض مشايخنا أن عند أبى حنيفة و محمد أنه لا يجزيه على قياس ما نبينه فى الصلاة ، و الأصح هو الفرق فان الصلاة لغير القبلة مع العلم لا تكون طاعة ، فاذا كان عنده أن فعله معصية لا يمكن إسقاط الواجب عنه ، فأما التصدق على الغنى صحيح ليس فيه معنى المعصية فيمكن إسقاط الواجب بفعله هذا إذا تبين وصول الحق الى مستحقه بظهور فقر القابض ؛ (و) الفصل (الرابع أن يتحرى و يقع فى أكبر رأيه أنه فقير فدفع إليه ، فاذا ظهر أنه فقير أو لم يظهر من حاله شىء جاز) بالاتفاق (و إن ظهر أنه كان غنيا فكذلك فى قول أبى حنيفة و محمد و هو قول ابى يوسف الأول) و فى قوله الآخر تلزمه الإعادة و هو قول الشافعى (و كذلك لو كان جالسا فى صف الفقراء يصنع صنيعهم أو كان عليه زى الفقراء أو سأله فأعطاه) . ثم احتج لأبى يوسف ثم للامام عليه بالتفصيل فراجع الشرح إن شئت زيادة التفصيل ، ثم قال (و لو تبين أن المدفوع إليه أبا الدافع أو ابنه فهو على هذا الاختلاف أيضا) و ذكر ابن شجاع عن أبى حنيفة أنه لا يجزيه هنا كما هو قول أبى يوسف . ثم احتج لكلا القولين ، ثم قال : فان تبين أنه =

أنه مسلم أو عليه سيما المسلمين فأعطاه من زكاته ثم علم أنه ذمى أجزاه ذلك[١].

= هاشمى فكذلك الجواب فى ظاهر الرواية لأن المنع من جواز صرف الواجب إليه باعتبار النسب مع أن التصدق عليه قربة فهو و فصل الأب سواء. و فى جامع البرامكة روى أبو يوسف عن أبى حنيفة أنه يلزمه الإعادة لأن كونه من بنى هاشم مما يوقف عليه فى الجملة و يصير كالمعلوم حقيقة فكان هذا بمنزلة ظهور النص، بخلاف الاجتهاد، و دليله أنه لو قال لهاشمى «لست بهاشمى» فانه يحد أو يعزر على حسب ما اختلفوا فيه - اهـ ١٠/٢ب١٨. قلت: سقطت مسألة إعطاء الزكاة والدا و والدا من نسخة المختصر الذى عندنا، و هى تأتى فى المتن بعد مسألة الذمى.

(١) تعبير المسألة فى المختصر هكذا: و إذا تصدق الرجل بزكاة ماله على قوم لم يسألوه و لم يحضره نيته عند الإعطاء أنهم أغنياء أو فقراء أو لم يعرف حالهم فهو جائز عنه، إلا من كانت عليه هيئة الأغنياء أو وقع أكبر رأيه أنه غنى فان هذا لا يجزيه حتى يعلم أنه فقير، فان أعطى رجلا يرى أنه فقير أو أعطاه على غير ظن حضره ثم علم بعد ذلك أنه غنى لم يجزه إذا خطر بباله و لم يجتهد، فان كان الذى سأله أخبره أنه محتاج فأعطاه ثم علم بعد ذلك أنه غنى أجزاه فى قول أبى حنيفة و محمد، و قال أبو يوسف: لا يجوز و هو بمنزلة رجل توضأ بماء و صلى ثم تبين له أنه كان غير طاهر فعليه الإعادة، و قال محمد: لا تشبه هذه الصدقة، لأن هذا لا يعد صلاته صلاة، و الصدقة صدقة ماضية، و لو أراد المصدق أن يأخذها لم يكن له ذلك، و قد وافقنا أبو يوسف على هذا، و إنما مثل الصدقة مثل رجل تحرى القبلة و صلى أو أخبره بالقبلة رجل فصلى بقوله فلما فرغ منها علم أنه صلى لغير القبلة فليس عليه اعادة الصلاة لأنه لم يكن عليه أكثر من الذى صنع، فكذلك الصدقة إذا أخبره أنه فقير فليس عليه أكثر من ذلك يصنع صنيع أصحاب المسألة أنه قد يجىء من هذا شاهد أدل على الفقر من المسألة، و كذلك إن لم يخبره أنه فقير و لكنه رآه فى مجالس الفقراء، و كذلك إن أعطى ذميا أخبره أنه مسلم أو كان =

وكذلك إن أعطاها ولدا أو والدا[١] وهو لا يعلم ثم علم أجزاه ذلك .

وإن أعطاه عبدا له أو مكاتبا له وهو لا يعلم به أو أخبره أنه حر فأعطاه ثم علم بعد ذلك أنه عبد له عليه دين أو مكاتب لم يجزه[٢]

= عليه سيما المسلمين ثم علم أنه ذمى أجزاه ، وهذا كله فى قول أبى حنيفة ومحمد. وفى شرح المختصر للسرخسى : (ولو تبين أن المدفوع إليه ذمى فهو على هذا الخلاف أيضا) وفى الأمالى : روى ابو يوسف عن أبى حنيفة أنه لا يجزيه لأن الكفر مما يوقف عليه ، ولهذا لو ظهر أن الشهود كفار بطل قضاء القاضى ، وفى ظاهر الرواية قال : ما يكون فى الاعتقاد فطريق معرفته الاجتهاد والتصدق على أهل الذمة قربة ؛ فهو وما سبق سواء ، وفى الكتاب قال : (أعطى ذميا أخبر أنه مسلم أو كان عليه سيما المسلمين) وفى هذا دليل أنه يجوز تحكيم السيما فى هذا الباب ، قال تعالى "يعرف المجرمون بسيمهم" وقال تعالى " تعرفهم بسيمهم" وفيه دليل أن الذمى إذا قال « أنا مسلم » لا يصير مسلما لأنه قال : أخبره أنه مسلم ثم علم أنه ذمى ، وهذا لأن قوله « أنا مسلم » أى منقاد للحق وكل أحد يدعى ذلك فيما يعتقده ، وقد قال بعض المتأخرين : المجوسى إذا قال « أنا مسلم » يحكم بإسلامه لأنهم يتشاءمون بهذا اللفظ ويتبرؤن منه ، بخلاف أهل الكتاب ؛ وإن تبين أن المدفوع مستأمن حربى فهو جائز على ما ذكر فى كتاب الزكاة ، وفى جامع البرامكة : روى أبو يوسف عن أبى حنيفة الفرق بين الذمى والحربى المستأمن فقال : نهينا عن البر مع من يقاتلنا فى ديننا ، فلا يكون فعله فى ذلك قربة ، وبدون فعل القربة لا يتأدى الواجب ، ولم ننه عن البر معهم من لا يقاتلنا ، قال تعالى " لا ينهكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين" فيكون فعله فى حق الذمى قربة يتأدى به الواجب عند الاشتباه - اه ١/١٨٩ .

(١) وفى هـ « ووالدا » وليس بشىء .

(٢) كذا فى ز . وفى هـ « لم تجزه » بالتاء .

ذلك[١]، لأن هذا ماله أعطاه ماله فصار ماله بعضه فى بعض فلا يجزى [٢]ذلك من شىء[٢] فأما ما أعطى ولدا أو والدا وهو لا يعلم ثم علم بعد ذلك أجزاه فى قول أبى حنيفة و محمد[٣].

---

(١) و هذا بخلاف ما لو تبين أن المدفوع إليه عبد لغنى أومكاتب له فانه يجزيه، و فى حق المكاتب مع العلم أيضا، و لا ينظر إلى حال المولى لأن إخراجه من ملكه على وجه التقرب هناك فصار لله تعالى خالصا، فأما فى عبد نفسه و مكاتبه لم يتم إخراجه عن ملكه، و بقاء حقه يمنعه أن يصير لله تعالى خالصا فهذا لا يسقط به الواجب - ه افاده السرخسى فى شرح هذه المسألة ص ١٩٠.

(٢ - ٢) كذا فى الأصل و كذا فى ز. و فى ه « شىء من ذلك ».

(٣) قال السرخسى: (و لو تبين ان المدفوع إليه كان أبا الدافع أو ابنه فهو على هذا الاختلاف) و ذكر ابن شجاع عن أبى حنيفة أنه لا يجزيه هنا، كما هو قول أبى يوسف، أما طريق أبى يوسف أنه من لا يكون مصرفا للصدقة مع العلم بحاله لا يكون مصرفا عند الجهل بحاله إذا تبين الأمر بخلافه، وجه رواية ابن شجاع أن النسب مما يعرف حقيقة، و لهذا لو قال لغيره « لست لأبيك » لا يلزم الحد، والحد يدرأ بالشبهة، فكان ظهور النسب بمنزلة ظهور النص، بخلاف الاجتهاد؛ وجه ظاهر الرواية ما احتج به فى الكتاب فانه روى عن إسرائيل عن أبى الجويرية عن معن بن يزيد السلمى قال: خاصمت أبى إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقضى لى عليه (إلى آخر الحديث) ولا معنى لحمله على التطوع لأن ترك الاستفسار من رسول الله صلى الله عليه و سلم دليل على أن الحكم فى الكل واحد، مع أن مطلق الصدقة ينصرف إلى الواجب، و فى بعض الروايات قال: صدقة ماله؛ و هو تنصيص على الواجب، و كان المعنى فيه ان الواجب فعل هو قربة فى محل يجرى فيه الشح و الضن و هو المال باعتبار مصرف ليس بينهما ولاد، ثم عند=

أبو

أبو سليمان قال أخبرنا محمد قال أخبرنا إسرائيل[1] عن أبي الجويرية الجرمي[2] عن معن بن يزيد السلمي قال: خاصمت أبي إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقضى لي عليه، و ذلك أن أبي أعطى صدقته رجلا في المسجد و أمره أن يتصدق بها فأتيته فأعطانيها ثم أتيت أبي فعلم بها فقال: و الله يا بني! ما إياك أردت بها؛ فاختصمنا إلى رسول الله صلى الله عليه ٥

= الاشتباه و الحاجة أقام الشرع أكثر هذه الأوصاف مقام الكل في حكم الجواز، و الحاجة ماسة لتعذر استرداد المقبوض من القابض، و بهذا يستدل في المسألة الأولى أيضا فإن الصدقة على الغني فيها معنى القربة كالتصدق على الولد، و هذا لا رجوع فيه فيقام أكثر الأوصاف مقام الكل في حق الجواز، ثم طريق معرفة البنوة الاجتهاد، ألا ترى أنه لما نزل قوله تعالى "الذين آتينهم الكتب يعرفونه كما يعرفون ابناءهم" قال عبد الله بن سلام رضي الله عنه: و الله إني بنبوته أعرف من ولدي فإني أعرفه نبيا حقا و لا أدري ماذا أحدث النساء بعدي؛ و إذا كان طريق المعرفة الاجتهاد كان هذا و الأول سواء من حيث أنه لا ينتقض الاجتهاد باجتهاد مثله - اه ما قاله السرخسي ١٠: ١٨٨، ١٨٩.

(١) سقط لفظ «اسرائيل» من ه.

(٢) أبو الجويرية، بالتصغير، حطان بكسر الحاء و شدة الطاء، بن خفاف بضم الخاء وخفة الفاء، و أبو الجويرية بضم الجيم، من رجال التهذيب، روى له البخاري و أبو داود و النسائي، روى عن ابن عباس و معن بن يزيد بن الأخنس السلمي و عبد الله بن بدر العجلي و بدر بن خالد، روى عنه إسرائيل و زهير و السفيانان و شعبة و عاصم بن كليب و شريك و أبو عوانة، قال ابن عبد البر: أجمعوا على أنه ثقة - من تهذيب التهذيب، قلت: و كان في الأصول «الحرمي» بالحاء تصحيف، و هو بفتح الجيم و سكون الراء نسبة الى قبيلة «جرم» و هي باليمن؛ و كان في الأصول «الجويرة» تصحيف.

و سلم فقال : يا يزيد ! لك ما نويت ، و يا معن ! لك ما أخذت[1] . قال محمد : قد جعل رسول الله صلى الله عليه و سلم ذلك مجزيا عن يزيد ، و جعله لمعن ، فكذلك نقول .

---

(١) والحديث اخرجه البخارى فى باب إذا تصدق على ابنه و هو لا يشعر ص١٩١ عن محمد بن يوسف قال حدثنا إسرائيل قال حدثنا ابو الجويرية ان معن بن يزيد حدثه قال : بايعت رسول الله انا و أبى وجدى و خطب على فأنكحنى و خاصمته إليه و كان ابى يزيد اخرج دنانير يتصدق بها فوضعها عند رجل فى المسجد فجئت فأخذتها فأتيته بها فقال : و الله ما إياك اردت ! فخاصمته إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لك ما نويت يا يزيد ، و لك ما أخذت يا معن ـ ا هـ ؛ قلت : وأخرجه البيهقى فى ج ٧ ص ٣٤ من سننه من طريق عبدان أنبأ عبد الله أنبأ إسرائيل ثنا أبو الجويرية الجرمى أن معن بن يزيد السلمى حدثه قال : بايعت رسول الله صلى الله عليه و سلم أنا و أبى و جدى و خطب على فأنكحنى و خاصمت اليه كان أبى يزيد خرج بدنانير يتصدق بها فوضعها عند رجل فى المسجد فجئت فأخذتها فأتيته بها فقال : والله ما إياك أردت بها ؛ فخاصمته إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لك ما نويت يا يزيد ، ولك يا معن ما أخذت ؛ و أخرجه من طريق عبد الرحمن بن علقمة المروزى ثنا أبوحمزة السكرى عن أبى الجويرية الجرمى قال سمعت معن ابن يزيد يقول : خاصمت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأفلجنى وخطب على فأنكحنى و بايعته أنا و جدى ، قال قلت له : وما كانت خصومتك ؟ قال : كان رجل يغشى المسجد فيتصدق على رجال يعرفهم فجاء ذات ليلة و معه صرة فظن انى بعض من يعرف فلما أصبح تبين له فأتانى فقال : ردها . فأبيت فاختصمنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز لى الصدقة و قال : لك اجر ما نويت ـ اه . و أخرجه فى أسد الغابة فى ترجمة معن مختصرا .

و لو أن رجلا توضأ فى ليلة مظلمة فى سفر ثم قام عامدا إلى الصلاة فصلى و لم يحضره[1] نية حتى صلى فى تحرى القبلة، فلما قضى صلاته علم أنه صلى لغير القبلة فانه يعيد صلاته، و إن كان حين فرغ لم يدر أصلى إلى القبلة أو إلى غيرها، فان كان أكبر[2] رأيه أنه صلى إلى القبلة فصلاته تامة، و إن كان[3] أكبر[4] رأيه أنه صلى إلى غير القبلة أعاد صلاته[5]، ٥ و إن لم يكن له فى ذلك رأى أو كان قد ركب فمضى عن ذلك الموضع فلم يحز له رأى فى تحرى القبلة[6] و لا غيرها فصلاته تامة، لأنه حين قام عامدا إلى الصلاة حتى دخل فيها فصلى فهو عندنا على تحرى القبلة حتى يعلم غير ذلك[7]. و لو كان حين انتهى إلى موضع الصلاة شك فلم يدر

---

(١) كذا فى المختصر الكافى، و فى الأصول «و لم يحضر» من غير ضمير.

(٢) و فى م، ز «اكثر».

(٣) و فى ﻫ «لأنه إن كان» و هو تحريف.

(٤) و فى م «اكثر».

(٥) كذا فى ﻫ، م، ع؛ و فى ز «فان كان أكبر رأيه أنه صلى إلى غير القبلة اعاد صلاته، و إن كان اكثر رأيه انه صلى إلى القبلة فصلاته تامة».

(٦) كذا فى ز «القبلة»، و فى البقية «قبلة».

(٧) و فى ﻫ «حتى يعلم ذلك». و فى المختصر: رجل توضأ فى ليلة مظلمة فى السفر ثم صلى و لم يحضره نية فى تحرى القبلة حتى صلى فلما قضى صلاته علم أنه صلى لغير القبلة فانه يعيد صلاته، و كذلك إن كان أكثر رأيه أنه صلى لغير القبلة، و إن كان أكثر رأيه أنه صلى إلى القبلة أجزاه، فان لم يكن له فى ذلك رأى و كان قد مضى من ذلك الموضع أجزاه، و إن لم يتوجه له رأى فى التحرى فصلاته تامة لأنه حين قام عامدا إلى الصلاة و دخل فيها فهو عندنا على تحرى القبلة حتى يعلم =

أين القبلة فلم يتحر أكبر[1] رأيه حتى مضى فصلى إلى بعض تلك[2] الوجوه بغير[3] تحر و لا أكبر رأى حتى فرغ من صلاته فعليه أن يعيد صلاته، إلا أن يعلم أنه صلى للقبلة[4]. فان كان أكبر[1] رأيه أنه صلى للقبلة إلا أن

= غير ذلك، و لو كان حين أتاها إلى موضع الصلاة فشك فلم يدر أين القبلة فلم يتحر حتى صلى إلى بعض ذلك الوجوه بغير تحر ولا أكثر رأى فعليه أن يعيد صلاته إلا أن يعلم أنه صلى للقبلة، فان كان أكثر رأيه أنه صلى للقبلة إلا أن ذلك إنما كان بعد دخوله فى صلاته لم تجزه تلك الصلاة حتى يستقبلها بتكبير مستقبل لأن الواجب عليه أن يتحرى ثم يفتتح ـ الخ. و قال السرخسى فى شرح المسألة: ثم المسألة على أربع أوجه: فاما أن يصلى إلى جهة من غير شك ولا تحر، أو يشك ثم يصلى إلى جهة من غير تحر، أو يتحرى فيصلى إلى جهة التحرى، أو يعرض عن الجهة التى أدى إليها اجتهاده فيصلى إلى جهة أخرى ـ اه ص ١٩٢. ثم فصل كل صورة و أوضحها.

(١) و فى م «اكثر» فى الحرفين.

(٢) لفظ «تلك» ساقط من ﻫ.

(٣) و فى ﻫ «لغير».

(٤) لأنه لما شك فقد لزمه التحرى لأجل هذه الصلاة و صار التحرى فرضا من فرائض صلاته، فاذا ترك هذا الفرض لا تجزيه صلاته (فأما إذا تبين أنه أصاب القبلة جازت صلاته) لأن فريضة التحرى لمقصود و قد توصل إلى ذلك المقصود بدونه فسقط فريضة التحرى عنه، و إن كان أكبر رأيه أنه أصاب فكان الشيخ الإمام الزاهد أبو بكر محمد بن حامد يفتى بالجواز هنا أيضا، لأن أكبر الرأى بمنزلة اليقين فيما لا يتوصل إلى معرفته حقيقة، و الأصح أنه لا يجزيه لأن فرض التحرى لزمه بيقين فلا يسقط اعتباره إلا بمثله، و لأن غالب الرأى يجعل كاليقين احتياطا، و الاحتياط هنا فى الإعادة ـ اه، أفاده السرخسى فى شرح المختصر ١٠/١٩٢.

ذلك

ذلك إنما كان منه بعد دخوله فى صلاته لم تجزه[1] تلك الصلاة حتى يستقبلها بتكبير مستقبل. لأنه افتتحها على غير التحرى وكان الواجب عليه حين شك فلم يدر أين القبلة أن[2] يتحرى فيمضى على أكبر ظنه و رأيه، فلما افتتح على غير تحر لم يجزه التحرى بعد الافتتاح إلا بتكبير مستقبل[3].

و لو تحرى فكان أكبر[4] رأيه وجها من تلك الوجوه أنه القبلة ٥ فتركه و صلى إلى غيره فقد أساء و أثم، و صلاته[5] فاسدة. و إن علم بعد ما فرغ منها أنه صلى إلى القبلة لأن قبلته التى ظن أنها القبلة فقد صلى إلى غير القبلة التى وجبت عليه، فعليه أن يعيد الصلاة. و لو علم أنها القبلة بعد ما افتتح الصلاة لم يجزه ذلك الافتتاح حتى يفتتح افتتاحا مستقبلا و يعيد صلاته[6]. ١٠

(١) و فى «م» لم يجزه».

(٢) و فى ه «اين» مكان «أن» تصحيف.

(٣) بخلاف ما إذا علم بعد الفراغ فإنه لا يحتاج إلى البناء، و نظيره فى المؤمى و المتيمم و صاحب الجرح السائل يزول ما بهم من العذر إذا كان بعد الفراغ لا يلزمهم الإعادة، وإن كان فى خلال الصلاة يلزم الاستقبال - قاله السرخسى، راجع ج ١٠ ص ١٩٥ من شرحه.

(٤) و فى ه «وكان اكبر» و فى البقية «فكان» و فى م «كثر».

(٥) و فى م «فصلاته».

(٦) فأما إذا كان افتتحها من غير شك و تحر فان تبين فى خلال الصلاة أنه أخطأ فعليه الاستقبال، وإن تبين أنه أصاب فهذا الفصل غير مذكور فى الكتاب، و كان الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل يقول: يلزمه الاستقبال أيضا لأن افتتاحه كان ضعيفا، ألا ترى أنه إذا تبين الخطأ تلزمه الإعادة! فاذا تبين الصواب فى =

و لو أن رجلا دخل مسجدا لا محراب فيه و قبلته مشكلة و فيه قوم من أهله فتحرى الداخل القبلة فصلى فلما فرغ علم أنه قد أخطأ القبلة فعليه أن يعيد صلاته، لأنه قد كان يقدر على أن يسأل عن ذلك فيعلمه بغير تحر، و إنما يجوز التحرى إذا أعجزه من يعلمه بذلك، و أما إذا كان ٥ له من يعلمه بذلك لم يجزه التحرى؛ ألا ترى لو أن رجلا أتى ماء من المياه فطلب الماء فلم يجده حتى صلى بتيمم[1] ثم سألهم فأخبروه لم تجزه صلاته حتى يتوضأ و يعيد الصلاة! و لو سألهم فلم يخبروه أو لم يكن بحضرته من يسأله فطلب فلم يجد فتيمم و صلى ثم وجد الماء أجزته صلاته و لم يكن عليه غير ما صنع[2]؛ و كذلك القبلة فيما وصفت لك[3].

= خلال الصلاة فقد تقوى حاله فيلزمه الاستقبال؛ وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد يقول: لايلزمه الاستقبال؛ وهو الأصح لأن صلاته هنا فى الابتداء كانت صحيحة لانعدام الدليل المفسد فبالتبين لا تزداد القوة حكما فلايلزمه الانتقال، بخلاف ما بعد الشك لأن هناك صلاته ليست بصحيحة إلا بالتيقن بالإصابة فاذا تبين أنه أصاب فقد تقوى حاله حكما فلهذا لزمه الاستقبال اهـ - ما قاله السرخسى فى شرح المختصر ص ١٩٥ .

(١) قوله « بتيمم » كذا فى ع، ز، م؛ و فى هـ « فتيمم » تصحيف .

(٢) قال السرخسى : و كذلك لو افتتح الصلاة بالتيمم ثم رأى إنسانا فظن أن عنده خبر الماء يتم صلاته ثم يسأله، فان أخبره أن الماء قريب منه يعيد الصلاة، فان لم يعلم من خبر الماء شيئا فليس عليه إعادة الصلاة، وقد بينا فى كتاب الصلاة هذه الفصول و الفرق بينها و بين ما إذا سأله فى الابتداء فلم يخبره حتى صلى بالتيمم ثم أخبره فليس عليه إعادة الصلاة - اهـ ص ١٩٥ من شرح المختصر .

(٣) قال السرخسى فى شرح المختصر: و لم يذكر فى الكتاب أن هذا الاشتباه =

و لو أن رجلا كانت له غنم مساليخ[1] ذكية فاختلطت بها شاة

= لو كان له بمكة و لم يكن بحضرته من يسأله فصلى بالتحرى ثم تبين له أنه أخطأ هل يلزمه الإعادة؟ فقد ذكر ابن رستم عن محمد أنه لا إعادة عليه، و هذا هو الأقيس لأنه لما كان محبوسا فى بيت و قد انقطعت عنه الأدلة ففرضه التحرى و يحكم بجواز صلاته بالتحرى فلا تلزمه الإعادة، كما لو كان خارج مكة؛ و كان أبو بكر الرازى يقول: هنا تلزمه الإعادة لأنه تيقن بالخطأ إذا كان بمكة؛ قال: و كذلك إذا كان بالمدينة لأن القبلة بالمدينة مقطوع بها فانه إنما نصبها رسول الله صلى الله عليه و سلم بالوحى، بخلاف سائر البقاع؛ ولأن الاشتباه بمكة يندر و الحكم لا ينبنى على النادر فلا يندر تحريه للحكم بالجواز هنا، بخلاف سائر البقاع فان الاشتباه يكثر فيها اه ١٠/١٩٦. قلت: ومسألة تحرى القبلة مرت صورة منها فى كتاب الصلاة - راجع ص ٤٥٤ من الجزء الأول من كتاب الأصل.

(١) كذا فى الأصول الثلاثة، و فى ه «مسالخ»؛ قلت: المساليخ جمع المسلوخة، و فى ج ١ ص ٢٥٩ من المغرب: المسلوخة: الشاة المسلوخ جلدها بلا رأس ولا قوائم ولا بطن؛ صفة غالبة لها - اه. و قال السرخسى فى شرح المختصر فى هذه المسألة: مسألة المساليخ تنقسم إلى ثلاثة أقسام: أما إن تكون الغلبة للحلال، أو للحرام، أو كانا متساويين، وفيه حالتان: حالة الضرورة بأن كان لايجد غيرها، وحالة الاختيار؛ فى حالة الضرورة يجوز له التحرى فى الفصول كلها لأن تناول الميتة عند الضرورة جائز له شرعا فلأن يجوز له التحرى عند الضرورة وإصابة الحلال بتحريه مأمول كان أولى، و أما فى حالة الاختيار فان كانت الغلبة للحلال بأن كانت المساليخ ثلاثة أحدها ميتة جاز له التحرى أيضا لأن الحلال هو الغالب والحكم للغالب، فبهذا الطريق جاز له التناول منها إلا ما يعلم أنه ميتة فالسبيل أن يوقع تحريه على أحدها أنها ميتة فيتجنبها و يتناول ما سوى ذلك =

مسلوخة ذبيحة مجوسى أو ذبيحة[1] مسلم ترك التسمية[2] عمدا أو ميتة فلم يدر صاحب الغنم أيتهن هى فانه لا ينبغى له أن يأكل منه شيئا حتى يتحرى فيلقى من ذلك الذى يظن أنه ميتة و يأكل البقية؛ و هذا قول أبى حنيفة و أبى يوسف و محمد.

٥ و كذلك لو كان الذكى شاتين و الميتة واحدة، فأما إذا كانت الميتة اثنتين و الذكية واحدة فلا تجزى[3] هاهنا لأن الغالب هو الحرام، و لا ينبغى أن ينتفع بشىء[4] من ذلك؛ و هذا قول أبى حنيفة و أبى يوسف و محمد.

= لا بالتحرى بل بغلبة الحلال وكون الحكم له، و إن كان الحرام غالبا فليس له أن يتحرى، و كذلك إن كانا متساويين لأن عند المساواة يغلب الحرام شرعا، قال صلى الله عليه و سلم: ما اجتمع الحرام والحلال فى شىء إلا غلب الحرام الحلال؛ و لأن التحرز عن تناول الحرام فرض و هو مخير فى تناول الحلال إن شاء أصاب من غيره، ولا يتحقق المعارضة بين الفرض و المباح فيترجح جانب الفرض و هو الاجتناب عن الحرام ما لم يعلم الحلال بعينه أو بعلامة يستدل بها عليه، و من العلامة أن الميتة إذا ألقيت فى الماء تطفو لما بقى من الدم فيها، و الذكية ترسب، و قد يعرف الناس ذلك بكثرة النشيش و بسرعة الفساد إليها، و لكن هذا كله ينهدم إذا كان الحرام ذبيحة المجوسى أو ذبيحة مسلم ترك التسمية عمدا ـ اه مع التصرف و الاختصار، راجع ١٠/١٩٦ - ١٩٧ منه.

(١) و فى ه «شرك» مكان «ذبيحة».

(٢) و فى ه «مشرك التسمية» تصحيف، و الصواب ما فى بقية الأصول «ترك التسمية».

(٣) و فى ز «فلا يجزى».

(٤) و فى ء «شىء» تحريف.

وكذلك لو كانت واحدة ميتة وواحدة ذكية لم يأكل من ذلك شيئا بتحر ولا غيره، إلا فى خصلة واحدة: إن كان له فى الذكى[1] علم ودلالة تدل عليه حتى يعرف بذلك من[2] الميتة فلا بأس بأكل ذلك بالدلالة والعلم الذى يعلم به، وإنما افترق الغالب من ذلك وغيره لأن الغالب يقع عليه التحرى إذا كان غالبا وهو حلال، وفى ذلك وجوه ٥ كثيرة من الفقه؛ منها أن رجلا لو كان له زيت فاختلط[3] به بعض ودك[4] ميتة أو شحم خنزير إلا أن الزيت هو الغالب على ذلك لم نر[5] بأسا بأن يُستصبح به وأن يُدبغ به الجلود ثم يغسله وأن يبيعه ويبين عيبه، ولو كان ودك الميتة أو شحم الخنزير هو الغالب على الزيت أو كانا سواء لا يغلب واحد منهما على صاحبه لم ينبغ أن ينتفع[6] بشىء منه ولا يباع ١٠ ولا يستصبح به ولا يدهن به جلد ولا غير ذلك، لأن ودك الميتة وشحم الخنزير إذا كانا الغالبين على الزيت فكأنه لا زيت معهما وكان ذلك كله ميتة وشحم الخنزير، ولا ينبغى الانتفاع بذلك على حال[7].

---

(١) وفى ه «التذكى».

(٢) سقط حرف «من» من ه.

(٣) فى ه «فاخلط».

(٤) وفى م «دهن» مكان «ودك» وليس بشىء.

(٥) وفى ه، م «لم ير» وليس بصواب.

(٦) وفى ه «يتقع» تصحيف.

(٧) وفى ه «على كل حال». وفى المختصر: وكذلك الزيت إذا اختلط به من =

أبو سليمان قال أخبرنا محمد[١] قال أخبرنا زمعة بن صالح[٢] عن

= ودك الميتة أو شحم الخنزير مثلها أو أكثر منه لم ينبغ أن ينتفع بشيء من ذلك ولا يباع ولا يستصبح به ولا يدهن به جلده. ولا ينتفع به على حال، وإن كان الزيت هو الغالب فلا بأس، أن يستصبح به ويبيع ويبين عيبه ويدبغ به الجلود ثم يغسلها - اه. قال السرخسي فى شرحه: ومن المختلط الذى هو متصل الأجزاء مسألة الدهن إذا اختلط به ودك الميتة أو شحم الخنزير، وهى تنقسم ثلاثة أقسام (فان كان الغالب ودك الميتة لم يجز الانتفاع بشيء منه) لا بأكل ولا بغيره من وجوه الانتفاع لأن الحكم للغالب، وباعتبار هذا محرم العين غير منتفع به فكان الكل ودك الميتة (وكذلك إن كانا متساويين) لأن عند المساواة يغلب الحرام فكان هذا كالأول (فأما إذا كان الغالب هو الزيت فليس له أن يتناول شيئا منه فى حالة الاختيار) لأن ودك الميتة وإن كان مغلوبا مستهلكا حكما فهو موجود فى هذا المحل حقيقة وقد تعذر تمييز الحلال من الحرام ولا يمكنه أن يتناول جزءا من الحلال إلا بتناول جزء من الحرام وهو ممنوع شرعا من تناول الحرام (ويجوز له أن ينتفع بها من حيث الإستصباح ودبغ الجلود بها) فان الغالب هو الحلال فالانتفاع إنما يلاقى الحلال مقصودا، وقد روينا فى كتاب الصلاة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن على رضى الله عنه جواز الانتفاع بالدهن النجس لأنه قال «وإن كان مائعا فانتفعوا به دون الأكل»؛ (وكذلك يجوز بيعه مع بيان العيب) كالثوب النجس يجوز بيعه وإن كان لا تجوز الصلاة فيه (فان باعه ولم يبين عيبه فالمشترى بالخيار إذا علم به) لتمكن الخلل فى مقصوده حين ظهر أنه محرم الأكل (وإن دبغ به الجلد فعليه أن يغسله) ليزول بالغسل ما على الجلد من أثر النجاسة وما تشرب فيه فهو عفو - اه مع الاختصار ص ١٩٧ - ١٩٨.

(١) كذا فى الأصل وكذا فى ه؛ وفى ز، م «أخبرنا محمد قال اخبرنا محمد» لعل =

أبي الزبير عن جابر بن[1] عبد الله قال: جاء نفر إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا: إن لنا سفينة فى البحر وقد احتاجت إلى الدهن ووجدنا ناقة كثيرة الشحم ميتة أفندهنها بشحمها؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا تنتفعوا من الميتة بشيء[2]. وكذلك نقول: إذا كانت الميتة هى الغالبة فكأنها ميتة كلها.   ٥

= الناسخ كرره سهوا، أو هو محمد بن أبان لأنه يروى عن ابن أبان، ويمكن أن يروى عن زمعة من غير واسطة لأن الوكيع يروى عنه وهو من أقرانه.

(٢) زمعة بن صالح يمانى، سكن مكة، روى عن سلمة بن وهرام وابن طاوس وعمرو بن دينار والزهرى، وعنه ابنه وهب وابن جريج وهو من أقرانه والسفيانان وابن وهب وابن مهدى وعبد الرزاق ووكيع وأبو عاصم وأبو نعيم وغيرهم، روى له م مقرونا بغيره وأبو داود فى مراسيله والترمذى والنسائى وابن ماجه، ضعفوه، كان رجلا صالحا، يهم ولا يعلم ويخطئ ولا يفهم حتى غلب فى حديثه المناكير التى يرويها عن المشاهير؛ قاله ابن حبان - اه من تهذيب التهذيب.

(١) وفى ه «عن» مكان «بن» تحريف.

(٢) أخرج البخارى فى كتاب البيوع باب بيع الميتة والأصنام ١ / ٢٩٨ من صحيحه: حدثنا قتيبة ثنا الليث عن يزيد بن أبى حبيب عن عطاء بن أبى رباح عن جابر بن عبد الله أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول عام الفتح وهو بمكة: إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، فقيل: يا رسول الله! أرأيت شحوم الميتة فانه تطلى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس؟ فقال: لا، هو حرام؛ ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك: قاتل الله اليهود! إن الله لما حرم شحومها أجملوه ثم باعوه فأكلوا =

و قال أبو حنيفة : لو أن قوما من المسلمين وجدوا موتى فيهم كافر أو كافران[1] لا يعرف الكافر من المسلم غسلوا و كفنوا و صلى عليهم و نوى[2] المصلون بالصلاة و الدعاء المسلمين منهم دون الكافرين ، و صلى عليهم جماعة ، و إن كانوا كفارا فيهم المسلم و المسلمان لم يصل على أحد منهم ، و يغسلون و يكفنون و يدفنون و لا يصلى على أحد منهم ، و كذلك قول أبي يوسف و قول محمد ، و يدفنون فى قول محمد[3] فى مقابر المشركين ، [4]فأما الأولون الذين أكثرهم المسلمون فانهم يدفنون فى مقابر المسلمين[4] ،

= ثمنه؛ و قال ابو عاصم : ثنا عبد الحميد ثنا يزيد قال : كتب إلىّ عطاء : سمعت جابرا عن النبي صلى الله عليه وسلم - اه ؛ و أخرجه فى تفسير سورة الأنعام أيضا ٢/٦٦٧ و أخرج مسلم فى ٢ / ٢٣ من صحيحه مثله سندا و متنا ، و روى عن أبي عاصم و أبي أسامة عن عبد الحميد نحوه ؛ و أخرجه أبو داود فى البيوع باب ثمن الخمر و الميتة من سننه ٢/١٣٧ و الترمذى فى باب ما جاء فى بيع جلود الميتة و الأصنام ص ٢٠٧ من جامعه و النسائى فى بيع الخنزير ٢ / ٢٣٠ من سننه مثله ، و روى ابن ماجه فى باب ما لا يحل بيعه من سننه ص ١٥٧ عن عيسى بن حماد عن الليث الحديث نحوه و روى عن أبي عاصم نحو ما ذكره مسلم ؛ قلت : ما رواه الإمام محمد عن أبي الزبير عن جابر جزء مما رواه عطاء عن جابر ، و ثبت بأسانيد صحيحة عند أئمة الحديث .

(١) سقط قوله « أو كافران » من ه .
(٢) كذا فى ع ، م ، ز ؛ و فى ه « نووا » .
(٣) قوله « فى قول محمد » ساقط من ه .
(٤-٤) سقط من قوله « فأما الأولون » إلى قوله « مقابر المسلمين » من م .

و إن

و إن كانوا نصفين من الكافرين و المسلمين لم يصل على أحد منهم حتى يكون الأكثر من المسلمين ؛ و هذا أيضا يدلك على الوجه الأول ، فان كان بأحدهما[1] علامة من علامات المسلمين أو كان بأحدهما علامة من علامات المشركين فهذه دلالة فيصلى على الذى به علامة المسلمين و يترك الذى به علامة المشركين ؛ و من علامات المسلمين الختان و الخضاب ٥ و لبس السواد مما يعرف به المسلم من الكافر[2] .

(١) و فى الأصل « احدهما » و ليس بشيء ، و فى بقية النسخ « بأحدهما » .

(٢) و فى المختصر: و إذا اختلط موتى المسلمين و موتى الكفار فمن كانت عليه علامة المسلمين صلى عليه ، و من كانت به علامة الكفار ترك ، ومن علامات المسلمين : الختان و الخضاب و لبس السواد و نحو ذلك ، فمن كان عليهم علامة المسلمين أكثر غسلوا و كفنوا وصلى عليهم، و ينوون بالصلاة و الدعاء المسلمين دون الكفار ؛ و يدفنون فى مقابر المسلمين ؛ و إن كان الفريقان سواء أو كان الكفار أكثر لم يصل عليهم، و يغسلون و يكفنون ويدفنون فى مقابر المشركين ـ اهـ. قال السرخسى فى شرحه (إذا اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار) وهى تنقسم ثلاثة أقسام أيضا (فان كانت الغلبة لموتى المسلمين فانه يصلى عليهم و يدفنون فى مقابر المسلمين) لأن الحكم للغالب و الغالب موتى المسلمين (إلا أنه ينبغى لمن يصلى عليه أن ينوى المسلمين خاصة) لأنه لو قدر على التمييز فعلا كان عليه أن يخص المسلمين بالصلاة عليهم ، فاذا عجز عن ذلك كان له أن يخص المسلمين بالنية لأن ذلك فى وسعه و التكلف بحسب الوسع ، و نظيره ما لو تترس المشركون بأطفال المسلمين فعلى من يرميهم أن يقصد المشركين و إن كان يعلم أنه يصيب المسلم (و إن كان الغالب موتى الكفار لا يصلى على أحد منهم إلا من يعلم أنه مسلم بالعلامة) لأن الحكم للغالب و الغلبة للكفار هنا (و إن كانا متساويين =

و إذا كان الرجل فى سفر و معه ثوبان لا ثوب معه غيرهما فى أحدهما نجاسة خفية و الآخر طاهر و ليس معه ما يغسلهما به[1] فانه يتحرى الذى يظن أنه لا نجاسة فيه ثم يصلى فيه، و يدع الآخر . و كذلك إن كان معه ثلاثة[2] أثواب ثوبان نجسان و ثوب طاهر ، و كذلك ما كثر من

= فكذلك الجواب) لأن الصلاة على الكافر لا تجوز بحال ، قال الله تعالى " و لا تصل على احد منهم مات ابدا " و يجوز ترك الصلاة على بعض المسلمين كأهل البغى و قطاع الطريق ، فعند المساواة يغلب ما هو الأوجب و هو الامتناع عن الصلاة على الكفار ، ولا يجوز المصير إلى التحرى هنا عندنا لما بينا أن العمل بغالب الرأى فى موضع الضرورة ، ولا تحقق الضرورة هنا ؛ و ذكر فى ظاهر الرواية أنهم يدفنون فى مقابر المشركين لأن فى حكم ترك الصلاة عليه جعل كأنهم كفار كلهم فكذلك فى حكم الدفن (و هذا قول محمد ، فأما على قول أبى يوسف ينبغى أن يدفنوا فى مقابر المسلمين) مراعاة لحرمة المسلم منهم فان الإسلام يعلو ولا يعلى ، و دفن المسلم فى مقابر المشركين لا يجوز بحال ، وقيل : بل يتخذ لهم مقبرة على حدة لا من مقابر المسلمين و لا من مقابر المشركين فيدفنون فيها . و أصل هذا الخلاف بين الصحابة رضى الله عنهم فى نظير هذه المسألة ، و هو أن النصرانية إذا كانت تحت مسلم فماتت و هى حبلى لا يصلى عليها لكفرها ، ثم تدفن فى مقابر المشركين عند على و ابن مسعود رضى الله عنهما ، و منهم من يقول : تدفن فى مقابر المسلمين لأن الولد الذى فى بطنها مسلم ، و منهم من يقول : يتخذ لها مقبرة على حدة . فهذا مثله (و هذا كله إذا تعذر تميز المسلم بالعلامة ، فان أمكن ذلك وجب التميز ، و من العلامة للسلمين الختان و الخضاب ولبس السواد) ـ اه . ثم شرح الختان و الخضاب و السواد .

(١) زيد لفظ « به » من شرح السرخسى، ولم يذكر فى نسخ الأصل التى عندنا.
(٢) و فى هـ « ثلاث » تحريف .

ذلك أو قلّ فانه يتحرى فيصلى فى الثوب الذى يظن أنه طاهر منها؛ و لا يشبه هذا[1] ما وصفت لك قبله[1] من الغنم بعضها ميتة إذا كان الغالب عليها الميت[2] لأن هذه الثياب لو كانت كلها نجسة لكان عليه أن يصلى فى بعضها، ثم لا يعيد صلاته لأنه مضطر إلى الصلاة فيها؛ و الذى وصفت لك من الغنم ليس بمضطر إليها. فان كان فى موضع[3] لا يجد ٥ من الطعام غير تلك الغنم استوت حالها و حال الثياب فتحرى و أكل[4].

---

(١) سقط لفظ «هذا» و «قبله» من م و هو من سهو الناسخ.

(٢) و فى م «ميت».

(٣) و فى هـ «بموضع».

(٤) و فى المختصر: رجل فى سفر معه ثوبان أحدهما نجس و الآخر طاهر و لا يميز بينهما و ليس معه ثوب غيرهما فانه يتحرى و يصلى فى الذى يقع تحريه عليه أنه طاهر، و كذلك إن كان ثوبان نجسان أو أكثر و واحد طاهر فليس هذا كالغنم الذى وصفنا لأن الثياب لو كانت كلها نجسة كان عليه أن يصلى فى بعضها ثم لا يعيد صلاته لأنه مضطر إلى الصلاة فيها، و التى وصفت لك من الغنم ليس بمضطر إليها، فان كان فى موضع لا يجد من الطعام غير تلك الغنم استوت حالتها و حال الثياب فيتحرى و يأكل - اه ق ٣٠٥. و قال السرخسى فى شرحه: و من المختلط الذى هومنفصل الأجزاء مسألة الثياب (إذا كان فى بعضها نجاسة كثيرة و ليس معه ثوب غير هذه الثياب ولا ما يغسلها به ولا يعرف الطاهر من النجس فانه يتحرى و يصلى فى الذى يقع تحريه أنه طاهر، سواء كانت الغلبة للثياب النجسة أو للثياب الطاهرة أو كانا متساويين) بخلاف مسألة المساليخ، و عند التأمل لا فرق لأن هناك يجوز له التحرى عند الضرورة أيضا، و الضرورة هنا =

فان تحرى ثوبا من الثوبين فكان أكبر ظنه أنه هو الطاهر فصلى فيه الظهر ثم تحول رأيه فكان أكبر رأيه[١] أن الآخر هو الطاهر فصلى فيه العصر فان العصر لا يجزيه لأن الظهر قد أجزته ، و لا يجزيه[٢] غيرها لأنه قد فرغ منها على تمام فلا تفسد[٣] بعد التمام إلا باليقين ، فاذا استيقن ٥ أن الثوب الذى صلى فيه الظهر هو النجس أعاد[٤] صلاة الظهر[٤] فأجزته[٥]

= قد تحققت لأنه لا يجد بدا من ستر العورة ، ثم الفرق أن عين هذا الثوب ليس بنجس و لا يلزمه الاجتناب عنه بل له أن يلبسه لغير الصلاة و إن كان نجسا ، فاذا لم تكن النجاسة صفة العين كان له أن يلبس أى هذه الثياب شاء فى غير الصلاة ، فانما يتحرى لما هو من شرائط الصلاة على الخصوص و هو طهارة الثوب فكان هذا والتحرى لاستقبال القبلة سواء ، بخلاف المساليخ فان الميتة محرمة العين فاذا كانت الغلبة للحرام كان بمنزلة ما لو كان الكل حراما فى وجوب الاجتناب عنه ، و إلى نحو هذا أشار فى الكتاب و قال (لأن هذه الثياب لو كانت كلها نجسة لكان عليه أن يصلى فى بعضها ثم لا يعيد الصلاة) معناه ليس عليه الاجتناب عن لبس الثوب النجس فى هذه الحالة فلأن يكون له أن يتحرى و إصابة الطاهر بتحريه مأمول أولى ، و فى المساليخ فى حالة الاختيار عليه الاجتناب عن الحرام ، فاذا كانت الغلبة للحرام كان عليه الاجتناب أيضا ـ اه ١٠/٢٠٠ .

(١) قوله « فكان اكبر رأيه » ساقط من ه ، و فى م « فكان اكثر رأيه » .

(٢) كذا فى الأصل ، و فى ز « يجزه » و فى م « يحرره » غير منقوط .

(٣) و فى ز « ولا يفسد » و ليس بشىء .

(٤-٤) و فى ه « الصلاة » .

(٥) و فى ه « و اجزاته » و فى ز « و اجز ته » .

صلاة العصر ، فان لم يحضره تحرٍ حتى صلى أو لم يعلم أن فى واحد منهما[1] نجاسة حتى صلى و هو ساهٍ فصلى فى أحـــدهما الظهر و صلى فى الآخر العصر و صلى فى الأول المغرب و صلى فى الآخر العشاء ثم نظر فاذا فى أحدهما قذر و لا يدرى أ هو الأول أو الآخر فان صلاة الظهر و المغرب جائزتان، و صلاة العصر و العشاء فاسدتان، لأنه صلى الظهر فى أحدهما ٥ فتمت صلاته فلا تفسد بعد تمامها إلا بيقين ، و كذلك كل صلاة صلاها فى ذلك الثوب فهى بمنزلتها ، و أما ما صلى فى الثوب الثانى فان ذلك لا يجزيه لأنه إن أجزاه لم يجزه الأول ، لأنا قـــد علمنا أن أحدهما نجس فلا يستقيم أن يجزيا جميعا[2] .

(١) و فى الأصل «منها» و فى البقية «منهما» و هو الصواب .

(٢) و فى المختصر: و إذا وقع تحريه فى الثوبين على أحدهما أنه هو الطاهر فصلى فيه الظهر ثم وقع أكثر رأيه على الآخر أنه هو الطاهر فصلى فيه العصر لم يجزه العصر، لأن الظهر قد أجزته فلا تفسد عليه إلا باليقين ، فان استيقن أن الثوب الذى صلى فيه هو النجس أعاد صلاة الظهر [و] أجزته العصر ، فان لم يحضره تحر أو لم يعلم أن فى أحدهما نجاسة حتى صلى و هو ساه فى أحدهما الظهر و فى الآخر العصر و فى الأول المغرب و فى الآخر العشاء ثم نظر فاذا فى أحدهما قذر ولا يدرى أ هو الأول أو الآخر فصلاة الظهر و المغرب جائزة ، و صلاة العصر و العشاء فاسدة ، لأنه صلى الظهر فى أحدهما فتمت صلاته فلا يفسدها إلا باليقين ، وكذلك كل صلاة صلاها فى ذلك الثوب فهى بمنزلتهـا ـ انتهى ق ٣٠٥ . و قال السرخسى: لأنا حين حكمنا بجواز الظهر فيه حكمنا بأن الطاهر ذلك الثوب ، و من ضرورته الحكم بنجاسة الثوب الآخر فلا يعتبر أكبر رأيه بعد ما جرى الحكم بخلافه ، و هذا =

= بخلاف أمر القبلة فانه إذا صلى الظهر إلى جهة ثم تحول رأيه إلى جهة أخرى فصلى العصر أجزته لأن هناك ليس من ضرورة الحكم بجواز الظهر الحكم بأن تلك الجهة جهة الكعبة ؛ ألا ترى أنه إن تبين الخطأ جازت صلاته ، فكان تحريه عند العصر إلى جهة أخرى مصادفا محله ! و هنا من ضرورة الحكم بجواز الظهر الحكم بأن الطاهر ذلك الثوب ، ألا ترى أنه لو تبينت النجاسة فيه تلزمه الإعادة ! يوضحه أن الصلاة إلى غير جهة الكعبة يجوز فى حالة الاختيار مع العلم و هو التطوع على الدابة . و الصلاة فى الثوب الذى فيه نجاسة كثيرة لا يجوز فى حالة الاختيار مع العلم ، فمن ضرورة جواز الظهر تعين صفة الطهارة فى ذلك الثوب والنجاسة فى الثوب الآخر ، و الأخذ بالدليل الحكمى واجب ما لم يعلم خلافه (فان استيقن أن الذى صلى فيه الظهر هو النجس أعاد صلاة الظهر) لأنه تبين له الخطأ بيقين فيما يمكن الوقوف عليه فى الجملة ، و كذلك لو لم يحضره التحرى و لكنه أخذ أحد الثوبين فصلى فيه الظهر فهذا و ما لو فعله بالتحرى سواء لأن فعل المسلم محمول على الصحة ما لم يتبين الفساد فيه فيجعل كأن الطاهر هذا الثوب و يحكم بجواز صلاته ، إلا أن يتبين خلافه (و كذلك و لم يعلم أن فى أحدهما نجاسة حتى صلى فيه و هو ساه فى أحدهما الظهر و فى الآخر العصر و فى الأول المغرب و فى الآخر العشاء ثم نظر فاذا فى أحدهما قذر و لا يدرى أنه هو الأول أو الآخر فصلاة الظهر و المغرب جائزة ، و صلاة العصر و العشاء فاسدة) لأنه لما صلى الظهر فى احدهما جازت صلاته باعتبار الطاهر فذلك بمنزلة الحكم بطهارة ذلك الثوب و نجاسة الثوب الآخر فكل صلاة أداها فى الثوب الأول فهو جائزة ، و كل صلاة أداها فى الثوب الثانى فعليه إعادتها ، و لا يلزمه إعادة ما صلى فى الثوب الأول من المغرب لمكان الترتيب لأنه حين صلى المغرب ما كان يعلم أن عليه إعادة العصر ، و الترتيب بمثل هذا العذر يسقط ـ اهـ ما قاله السرخسى ص ٢٠٠ - ٢٠١ .

و لو أن رجلا كان فى سفر و معه آنية ثلاثة فى كل إناء ماء أحدها[١] نجس و الآخران طاهران و لم يعرف الطاهر من غيره فانه يتحرى و يتوضأ و يصلى، لأن الأكثر منها[٢] الطاهر فالتحرى يجزيه، و إن كان اثنان منها[٢] نجسين و واحد طاهر أهراقها[٣] كلها و تيمم و صلى، فان تيمم و صلى و لم يهرقها أجزاه ذلك لأنه لا تحرى عليه فى ذلك و لكن ٥ الأفضل له أن يهريقها[٤] حتى يعلم أنه لا ماء معه ثم يتيمم[٥]. و كذلك إن كانا إناءين أحدهما طاهر و الآخر نجس أهراقهما و تيمم[٦] و صلى[٧]. و هذا[٨] بمنزلة ما وصفت لك من الغنم قبله.[٩] إذا كان أكثر الآنية[٩] نجسا تيمم و لم يتحر[١٠]. و إن كان أكثرها طاهرا فتحرى[١١] و توضأ و صلى أجزاه ذلك ما لم يعلم أنه توضأ بماء نجس[١٢].

---

(١) و فى الأصول «احدهما» و الصواب «احدها» كما فى المختصر.

(٢) من المختصر، و فى الأصول «منهما».

(٣) كذا فى الأصول الثلاثة، و فى ه «اهراق».

(٤) و فى ز «يهرقها».

(٥) و فى ز «ثم تيمم».

(٦) و فى ه «يتيمم».

(٧) سقط لفظ «و صلى» من ه.

(٨) و فى ه، م «و كان هذا» و فى ز «نهذا» و الأصوب «و هذا» لكن سقط الواو من الأصل.

(٩-٩) و فى ه «إذا كان الآنية اكثرها».

(١٠) كذا فى الأصل و كذا فى ز؛ و فى م «لم يتحرها» و قوله «و لم يتحر» ساقط من ه.

(١١) و فى م «يتحرى».

(١٢) و فى المختصر: و لو أن رجلا كان فى سفر و معه ثلاث أوان فى كل إناء=

= ماء أحدها نجس و الآخران طاهران و لا يعرف الطاهر من غيره فانه يتحرى فيتوضأ بأحدها ، و إن كان اثنان منها نجسا أراقها كلها و يتيمم و يصلى من غير أن يريقها أجزاه لأنه لا تحرى عليه فيها و الإراقة أفضل ، و كذلك لو كانا إناءين أحدهما طاهر و الآخر نجس - اهـ ق ٣٠٥ / ٢ . وفى شرح المختصر للسرخسي: ومن المختلط الذى هو منفصل الأجزاء مسألة (الأوانى إذا كان فى بعضها ماء نجس وفى بعضها ماء طاهر سوى ذلك و لا يعرف الطاهر من النجس فان كانت الغلبة للأوانى الطاهرة فعليه التحرى) لأن الحكم للغالب فباعتبار الغالب لزمه استعمال الماء الطاهر و إصابته بتحريه مأمول (و إن كانت الغلبة للأوانى النجسة أو كانا سواء فليس له أن يتحرى) و هذا و مسألة المساليخ سواء ، و الفرق بين مسألة الثياب و بين مسألة الأوانى أن الضرورة لا تتحقق فى الأوانى لأن التراب طهور له عند العجز عن الماء الطاهر فلا يضطر إلى استعمال التحرى للوضوء عند غلبة النجاسة لما أمكنه إقامة الفرض بالبدل ، و فى مسألة الثياب الضرورة مست لأنه ليس للستر بدل يتوصل به إلى إقامة الفرض حتى أن فى مسألة الأوانى لما كان تتحقق الضرورة فى الشرب عند العطش وعدم الماء الطاهر يجوز له أن يتحرى للشرب لأنه لما جاز له شرب الماء النجس عند الضرورة فلأن يجوز التحرى و إصابة الطاهر مأمول بتحريه أولى ، يوضحه أن فى مسألة الأوانى لو كانت كلها نجسة لا يؤمر بالتوضئ بها ، و لو فعل لا تجوز صلاته . فاذا كانت الغلبة له فكذلك أيضا ، و فى مسألة الثياب و إن كان الكل نجسة يؤمر بالصلاة فى بعضها و يجزيه ذلك فكذلك إذا كانت الغلبة للنجاسة ؛ و فى الكتاب يقول (إذا كانت الغلبة للماء النجس يريق الكل ثم يتيمم) و هذا احتياط و ليس بواجب ، و لكنه إن أراق فهو أحوط ليكون تيممه فى حال عدم الماء بيقين (و إن لم يرق أجزاه) لأنه عدم آلة الوصول إلى الماء الطاهر و هو العلم ، و الطحاوى يقول فى كتابه : يخلط الماءين ثم يتيمم ، و هذا أحوط لأن بالإراقة ينقطع عنه منفعة الماء ، و بالخلط لا فانه بعد الخلط يسقى دوابه و يشرب عند تحقق =

و لو

و لو أن رجلا له جوارٍ أعتق واحدة منهن بعينها ثم نسيها فلم يدر أيتهن أعتق لم يسعه أن يتحرى فى هذا فيطأهن على التحرى حتى يعلم أيتهن الحرة من غيرها ، و كذلك لا يسعه أن يبيع منهن شيئا ، و كذلك لا يسع الحاكم أن يخلى بينه و بينهن حتى يبين[1] المعتقة من[2] غيرها[3] .

= العجز فهو أولى؛ و بعض المتأخرين من أئمة بلخ كان يقول : يتوضأ بالإنائين جميعا احتياطا لأنه يتيقن بزوال الحدث عند ذلك لأنه قد توضأ مرة بالماء الطاهر و حكم نجاسة الأعضاء أخف من حكم الحدث فاذا كان قادرا على إزالة أغلظ الحدثين لزمه ذلك ، و قاسوا بمن كان معه سؤر الحمار يؤمر بالتوضىء به مع التيمم احتياطا ، و لسنا نأخذ بهذا إذ فى ذلك كان متوضئا بما يتيقن بنجاسته ، و تتنجس أعضاؤه أيضا خصوصا رأسه فانه بعد لمسح بالماء ينجس . و إن مسحه بالماء الطاهر لا يطهر فلا معنى للأمر به ، بخلاف سؤر الحمار فانه ليس بنجس ، و لهذا لو غمس الثوب فيه جازت صلاته فيه ، فيستقيم الأمر بالجمع بينه و بين التيمم احتياطا - انتهى ما قاله السرخسى مختصرا بالتصرف ص ٢٠١ - ٢٠٢ .

(١) و فى م « يتبين » .

(٢) و فى م « و » مكان « من » .

(٣) و فى المختصر : و لو أن رجلا له أربع جوار أعتق واحدة منهن بعينها ثم نسيها فلم يدر أيتهن أعتق لم يسعه أن يتحرى الوطأ و لا يسع الحاكم أن يخلى بينه و بينهن حتى يتبين المعتقة من غيرها - اه ق ٢/٣٠٥ ، و فى شرحه (رجل له أربع جوار أعتق واحدة منهن بعينها ثم نسيها لم يسعه أن يتحرى للوطئ) لأن المعتقة بعينها محرمة عليه فلا يحل له أن يقرب واحدة منهن حتى يعرف المحرمة بعينها ، و هذا لأن قيام الملك فى المحل شرط منصوص للحل ، و بتحريه لا يصير هذا الشرط معلوما بيقين ، بخلاف ما إذا أعتق إحداهن بغير عينها فان العتق فى المنكر لا يزيل الملك عن المعين إلا بالبيان فكان له أن يطأها من شاء منهن باعتبار الملك المتيقن به =

وكذلك رجل له أربع نسوة طلق منهن واحدة ثلاثا بعينها ثم نسيها[1] فلم يعرفها فليس له أن يقرب[2] منهن شيئا بتحر[3] حتى يعلم المطلقة بعينها من غيرها، وكذلك إن متن[4] كلهن إلا واحدة لم يسعه أن يقربها حتى يعلم أنها غير المطلقة؛ وكذلك ينبغى للقاضى إذا رفعت إليه أن يمنعها منه[5] [6] حتى يبين فيخبر[6] أنها غير المطلقة، فاذا أخبر بذلك استحلفه ٥ البتة ما طلق هذه بعينها ثلاثا ثم خلى بينه وبينها، فان كان[7] حلف وهو جاهل بما حلف عليه فليس ينبغى له أن يقربها[8].

ولو كان له جوار فأعتق واحدة منهن بعينها ثم نسيها فباع منهن

= فى المحل، وكما لا يتحرى للوطئ هنا لا يتحرى للبيع لأن جواز البيع وإباحته شرعا لا يكون إلا باعتبار قيام الملك فى المحل فان الحرة ليست بمحل للبيع شرعا (ولا يخلى الحاكم بينه وبينهن حتى يبين المعتقة من غيرها) فانه لا يسعه إلا ذلك لأنه علم أن إحداهن محرمة عليه فليس له أن يخلى بينه وبين المحرمة ليرتكب الحرام بوطئها، فيحول بينه وبينهن حتى يبين المعتقة - اه ص ٢٠٢.

(١) سقط قوله «ثم نسيها» من ه.

(٢) وفى م «ان يفرق».

(٣) وفى ه «يتحرى».

(٤) كذا فى الأصول الثلاثة، وفى ه «تبين» مكان «متن» تصحيف.

(٥) وفى ه «يمنعه منها».

(٦-٦) كذا فى ه؛ وفى م، ع، ز «حين يتبين فيتحرى» وليس بشىء.

(٧) وفى ه «فاذا كان».

(٨) قال السرخسى فى شرح المختصر: (وكذلك إذا طلق إحدى نسائه بعينها ثلاثا ثم نسيها) وهذا أبلغ من الأول لأن المطلقة ثلاثا محرمة العين لا تحل له بنكاح =

ثلاثا فحكم عليه القاضى بأن أجاز[1] بيعهن ، وجعل الباقية هى المعتقة فأعتقها وحكم بذلك ، وكان ذلك من رأيه ثم رجع بعض اللاتى[2] باع إليه بشراء

= ولا غيره ما لم تتزوج بزوج آخر (وكذلك إن متن كلهن إلا واحدة لم يسعه أن يقربها حتى يعلم أنها غير المطلقة) بخلاف ما إذا أوقع على إحداهن بغير عينها لأن بموت الثلاث هناك يتعين الطلاق فى الرابعة وهنا الطلاق وقع على عين فلا يتحول بالموت من محل إلى محل فحال هذه التى بقيت بعد موت ضرائرها كحالها قبل موتهن (لا يسعه أن يقربها حتى يعلم أنها غير المطلقة ، فاذا أخبر بذلك فقد أخبر بحلها) وهذا أمر بينه وبين ربه فيصدق فى ذلك مع اليمين (ويستحلفه ما طلق هذه بعينها ثلاثا ثم يخلى بينهما) أما إذا كانت تدعى هى الثلاث فغير مشكل ، وكذلك إن كانت لا تدعى ففى الحرمة معنى حق الشرع ، ألا ترى أن البينة تقبل فيه من غير دعوى فلهذا يستحلفه القاضى إذا اتهمه (فان حلف وهو جاهل بذلك فلا ينبغى له أن يقربها) لأنه مجازف فى يمينه ، واليمين الكاذبة لا تحل الحرام ، وإن ادعت كل واحدة منهن أنها المطلقة حلفه القاضى لكل واحدة منهن فان نكل عن اليمين لهن فرق بينه وبينهن لأن النكول فى حق كل واحدة منهن بمنزلة الإقرار ، وإن حلف لهن بقى حكم الحيلولة كما كان ، لأنا نتيقن أنه كاذب فى بعض هذه الأيمان ، وروى ابن سماعة عن محمد أنه قال : إذا حلف لثلاث منهن يتعين الطلاق فى الرابعة ضرورة فيفرق بينه وبينها ، كما لو أخبر أنها هى المطلقة ؛ ولكن هذا لا يستقيم فيما إذا وقع على المعينة فى الابتداء لأنه ليس إليه البيان ، إنما عليه أن يتذكر وذلك لا يحصل بيمينه لبعضهن ، بخلاف ما إذا كان الإيقاع على غير المعينة فى الابتداء - اه ص ٢٠٣ .

(١) وفى ه «بأن اختار» .

(٢) وفى ه «التى» .

أو هبة أو ميراث أو غير ذلك فليس ينبغى له أن يطأها، لأن القاضى قضى فى ذلك بغير علم، فليس ينبغى له أن يطأ شيئا منهن بالملك إلا أن يتزوجها، فان فعل فلا بأس بأن يطأها، لأنها على إحدى خصلتين: إما حرة فتحل بالنكاح، وإما أمة فتحل بالملك.

٥ ولا يجوز التحرى فى الفروج كما يجوز التحرى فيما وصفت لك قبله من جميع هذه الوجوه من الميتة[١] وغيرها، لأن التحرى يجوز فى كل ما جازت[٢] فيه الضرورة، ألا ترى أن الميتة يجوز أكلها فى الضرورة وكل ما جاز[٣] العمل به[٤] فى الضرورة وصاحبه يعلم أنه حرام، فاذا كان مشكلا وكان[٥] الغالب عليه الحلال أجزاه فى ذلك التحرى؛ وأما[٦]
١٠ الفروج فانه لا يجوز التحرى فيها فانها[٧] لا تحل بضرورة أبدا ولا بغيرها فكذلك لا يجوز التحرى فيها.

ولو أن قوما عشرة أو أقل كانت لكل رجل منهم جارية فأعتق أحدهم جاريته ولم يعرفوا الجارية المعتقة فلكل رجل منهم أن يطأ

(١) وفى م «المسألة» مكان «الميته».
(٢) سقط لفظ «جازت» من ه.
(٣) من قوله «ألا ترى» ساقط من ه.
(٤) وفى ه: «فيه» مكان «به».
(٥) وفى ز «فكان».
(٦) وفى ز «فأما».
(٧) وفى ز «لأنها».

جاريته

جاريته حتى يعلم أنها المعتقة بعينها ، فان كان أكبر رأى أحدهم أنه هو الذى أعتق فأحب إلى أن لا يقربها حتى يستيقن ذلك ، و إن قرب[١] لم يكن ذلك عليه حراما ، لأن كل واحد منهم على حدته لم يعلم أنه أعتق فجاريته له حلال حتى يعلم أنه قد أعتقها ، و لكن لو اشتراهن جميعا رجل واحد قد علم ما قال أحدهم من العتق لم يحل له أن يقرب واحدة منهن ٥ جميعا حتى يعرف المعتقة[٢] ؛ و لو اشتراهن كلهن إلا واحدة حل له[٣] أن يطأهن جميعا ؛ فان فعل ثم اشترى الباقية اجتمعن جميعا فى ملكه لم يحل له أن[٤] يطأ منهن شيئا ، و لا يبيع شيئا منهن حتى يستبين له المعتقة منهن . و كذلك لو اشترى كلهن بعض أصحاب الجوارى إلا جارية منهن حل له[٥] أن يطأهن كلهن التى كانت عنده و غيرها ؛ فان اشترى الباقية ١٠ فاجتمعن فى ملكه جميعا لم ينبغ له أن يقرب[٦] منهن شيئا لأنه قد استيقن

(١) و فى م : « فرق » .

(٢) أما إذا اشتراهن بعقد واحد فهذا البيع باطل ، لأن فيه الجمع بين الحرة و الإماء و بيع الكل بثمن واحد ، و إن اشتراهن بعقود متفرقة فنقول : لما اجتمعن عنده و هو متيقن بأن إحداهن محرمة عليه كان هذا و ما لو كان المولى فى الابتداء واحدا سواء ، لأن المقضى عليه معلوم هنا - اه ما قاله السرخسى فى هذا القول ص ٢٠٤ .

(٣) من قوله « أن يقرب » س ٥ ساقط من هـ .

(٤) سقط من قوله « يطأهن » س ٧ إلى هنا من هـ .

(٥) و فى هـ « لهن » تصحيف .

(٦) و فى م « يفرق » تحريف .

حين اجتمعن فى ملكه أن إحداهن حرة فهو إن وطئ إحداهن وطئها بغير علم و لا يدرى أ حرة هى أم لا ، و إحداهن حرام عليه لا شك فيه ، فاذا بقيت واحدة لم يشترها لم يعلم أن فيما اشترى حراما عليه و لا شك فيه ، فاذا لم يعلم ذلك لم يحرم شىء من ذلك إلا باليقين ،
٥ و لا يكون اليقين إلا باجتماعهن جميعا فى ملكه .

و مما يدلك[١] أيضا أن التحرى لا يجوز فى الفروج أن[٢] المعتق الجارية من رقيقه إذا نسيها ثم مات أن القاضى لا يوجب فى ذلك تحريا[٣] فيقول "للورثه أعتقوا أيتهن شئتم ، أو أعتقوا التى أكبر[٤] ظنكم أنها حرة" و لكنه يسألهم عن ذلك فان استيقنوا[٥] منه شيئا أمضاه على ما استيقنوا
١٠ فأعتقوا الذى زعموا أن الميت أعتقها بعينها و استحلفوا على ما بقى منهن على علمهن ، فان لم يعرفوا من ذلك شيئا أعتقن جميعا فأبطل من قيمتهن قيمة واحدة ، و سعين[٦] فيما بقى ؛ فان كنّ عشرا أبطل من قيمة كل واحدة منهن عشرها ، و سعت كل واحدة[٧] فى تسعة أعشار قيمتها[٨] .

---

(١) و فى ه « يدل » .
(٢) و فى ه « اذا » مكان « ان » و ليس بشىء .
(٣) و فى ه « محريا » تحريف .
(٤) و فى م «اكثر» .
(٥) و فى ه «استقبلوا» تصحيف .
(٦) و فى ه «سبعين» تصحيف .
(٧) و فى ز « فى كل واحدة منهن » .
(٨) قال السرخسى فى شرح هذه المسألة : ثم أعاد المسألة الأولى لإيضاح ما بينا =

أبو سليمان قال: سمعت محمدا[١] يقول فى رجل له عبد فآجره من

=أن التحرى لايجوز فى الفروج فقال (لومات المولى بعد ما أعتق واحدة منهن بعينها و نسيها فليس للقاضى أن يتحرى، و لا يأمر الورثة بذلك أيضا فى تعيين المعتقة) حتى لا يقول لهم: أعتقوا التى أكبر رأيكم أنها حرة، و أعتقوا أيتهن شئتم؛ و كيف يقول لهم ذلك و العتق الواقع على شخص بعينه لا يتصور انتقاله إلى شخص آخر بحال! (و لكنه يسألهم عن ذلك فان زعموا أن الميت أعتق فلانة بعينها اعتقها واستحلفهم على علمهم) فى الباقيات لأنهم خلفاء المورث وخبرهم كخبر المورث أن المعتقة هذه، إلا أن اليمين فى حقهم على العلم لأنه استحلاف على فعل الغير (فان لم يعرفوا شيئا من ذلك أعتقهن جميعا و أبطل من قيمتهن قيمة واحدة بينهن بالحصص و يسعين فيما بقى) لأنه تعذر استدامة الملك فيهن لحق الشرع فيخرجن إلى الحرية بالسعاية، كأم ولد النصرانية أسلمت تخرج إلى الحرية بالسعاية . إلا أنه يسقط عنهن ما يتيقن بسقوطه، و هو قيمة واحدة - اه ص ٢٠٤ و ٢٠٥ .

(١) قال السرخسى: ثم ختم بهذا فى بعض النسخ ذكر بابا من كتاب الإجارات، وكأنه تذكر تلك المسائل حين صنف هذا الكتاب فأثبتها لكيلا يفوت فقال (رجل آجر عبده من رجل سنة بمائة درهم للخدمة ستة أشهر ثم أعتقه المولى فالعتق نافذ) لقيام الملك فى رقبته، وحق المستأجر إنما يثبت فى المنفعة دون الرقبة، لا تأثير لما استحقه من اليد إلا فى عجز المولى من تسليمه، و القدرة على التسليم ليس بشرط لنفوذ العتق حتى ينفذ العتق فى الآبق والجنين فى البطن (ثم يتخير العبد فى فسخ الإجارة) لأن على إحدى الطريقين الإجارة فى حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها بحسب ما يحدث من المنفعة، و لو آجره ابتداء بعد العتق لا يلزم العقد إلا برضاه، فكذلك لا يتجدد انعقاد العقد لازما بعد العقد إلا برضاه، و على الطريق الآخر العقد وإن انعقد جملة فهو يحتمل الفسخ بعذر و العذر =

رجل سنة بمائة درهم للخدمة فخدمه العبد ستة أشهر ثم إن المولى أعتقه فالعبد بالخيار إن شاء مضى على إجارته، و إن شاء فسخها فيما بقى، فان فسخها فى ما بقى بطل نصف الأجر[1] و أخذ المولى من المستأجر نصف الأجر[1] و كان له دون العبد، و إن مضى العبد على إجارته أجزاه[2] ذلك فليس له بعد
٥ ذلك أن ينقضها، فان مضى عليها حتى تتم[3] السنة فالأجر كله واجب على المستأجر نصفه للسيد حصة الشهور التى مضت و هو عبد قبل أن يعتق العبد[4]. و النصف الباقى للعبد حصة الشهور التى بقيت بعد العتق، و ليس للعبد أن يقبض شيئا من الأجر إلا بوكالة المولى[5]؛ إنما الذى يقبض

= قد تحقق هنا لأن لزوم تسليم النفس للخدمة بعد العتق بعقد باشره المولى يلحق الشين به و يكون ذلك عذرا له فى فسخ الإجارة. أرأيت لو تفقه و قلد القضاء أكان يجبر على الخدمة بسبب ذلك العقد! يقرره أن فى إجارة النفس للخدمة كدا و تعبا فلا يلزم من المولى على العبد إلا فى منافع مملوكه للمولى، و المنافع بعد العتق تحدث على ملك العبد فيثبت له الخيار بظهور هذا النوع من الملك له، كالمنكوحة إذا أعتقت يثبت لها الخيار لملكها أمر نفسها أو زيادة ملك الزوج عليها - اه ص ٢٠٥.

(١) و فى م « الاخر » فى الحرفين، و الصواب ما فى بقية الأصول.
(٢) كذا فى ز؛ و فى ه، م « اجاز » و كان فى الأصل « اجر » و الصواب ما فى ز.
(٣) كذا فى ع، ز؛ و فى ه « يتمم » و فى م « تم » من غير نقط.
(٤) لفظ « العبد » سقط من ه.
(٥) سقط قوله « إلا بوكالة المولى » من ه و فيها مكانه « ان السنة » و ليس بشىء.

الأجر

الأجر المولى لأنه هو الذى ولى الإجارة فيقبض الأجر كله فيكون له نصفه و للعبد نصفه، [١] فان كان المولى حين آجر العبد سنة بمائة درهم [١] عجل له المستأجر المائة قبل أن يعمل العبد شيئا ثم إن العبد خدم المستأجر ستة أشهر ثم أعتقه المولى فالعبد أيضا بالخيار إن شاء مضى على الإجارة، و إن شاء فسخها، فان فسخها [٢] فالقول فى ذلك كالقول فى المسألة الأولى؛ ٥ و إن مضى على الإجارة حتى يخدم السنة كلها فالأجر كله للمولى، و لا شىء للعبد منه لأن المولى قد كان ملك الأجر كله قبل أن يعتق العبد فلا يتحول شىء من ملك الآجر إلى العبد بعد عتقه، فاذا لم يقبض الأجر فانما [٣] يجب الأجر بالعمل يوما بيوم و شهرا بشهر؛ فاذا أعتق العبد فى بعض السنة فعمل ما بقى منها كان له أجر ما بقى لأن ذلك لم يملكه ١٠ المولى حين عتق العبد.

و كذلك لو كان الأجر دنانير أو شيئا مما يكال أو يوزن أو عرضا من العروض أو جارية أو ثوبا بعينه أو غير ذلك إذا قبضه المولى باذن المستأجر قبل أن يعتق العبد فقد [٤] ملكه المولى، فاذا مضى العبد على الإجارة كان الذى قبض [٥] المولى له دون العبد، و إن كان المولى لم يقبض ١٥ ذلك، الآجر جارية بعينها فعمل العبد و هو مملوك نصف السنة ثم عتق

(١-١) و فى م «فان كان المولى آجر العبد بمائة درهم».

(٢) سقط قوله «فان فسخها» من ﻫ.

(٣) و فى ع «و إنما».

(٤) سقط لفظ «فقد» من ﻫ.

(٥) و فى ﻫ «قبضه» و فى بقية الأصول «قبض» من غير ضمير.

فعمل نصف السنة الإخرى و لم يكن المولى قبض[1] الجارية فنصفها للمولى و نصفها للعبد، و الذى يلى قبضها من المستأجر المولى لأنه هو الذى ولى الإجارة فيدفع نصفها إلى العبد و يكون له نصفها؛ و لو كان المولى قبض الجارية قبل العتق و المسألة على حالها سلمت الجارية كلها للمولى و لم يكن

٥ للعبد منها قليل و لا كثير. ألا ترى [2] أن رجلا لو[2] زوج جارية له من رجل بصداق و قبضه المولى أو لم يقبضه حتى أعتقها المولى فهى بالخيار إن شاءت أقامت مع زوجها، و إن شاءت فارقته. فان اختارت نفسها و لم يكن الزوج دخل بها بطل صداقها و كانت فرقة بغير طلاق، و إن اختارت زوجها كان الصداق لمولاها إن كان قبض الصداق أو لم يقبض؛

١٠ و هذا الوجه إذا لم يقبض الصداق يخالف الإجارة إذا لم يقبض الأجر، لأن الصداق يجب بالنكاح حين يقع، لا يجب منه شىء دون شىء، و أن الإجارة إنما تجب بالعمل. كلما عمل يوما وجب له أجره، فلهذا اختلفا إذا لم يقبض الصداق و الأجر، أما إذا قبضهما[3] المولى جميعا فهو سواء فى جميع ما وصفت.

١٥ و لو أن رجلا قال لعبده «آجر نفسك بمائة درهم ممن شئت» فآجر نفسه من رجل سنة بمائة درهم كما أمره مولاه فخدم المستأجر ستة أشهر ثم أعتقه المولى فالعبد أيضا بالخيار إن شاء فسخ الإجارة

(١) كذا فى الأصول الثلاثة، و فى د «قبل» مكان «قبض».
(٢-٢) و فى ه «او أن رجلا».
(٣) فى ز «قبضها».

فأخذ العبد نصف الأجر حصة ما مضى من الشهور فدفع ذلك إلى مولاه، و إن شاء مضى على الإجارة حتى يتم و أخذ العبد الأجر كله و أعطى[1] مولاه نصفه و أخذ نصفه، و ليس للمولى على المستأجر سبيل فى قبض شيء من الأجر إلا بوكالة من العبد[2] لأن العبد هو الذى ولى الإجارة. و إن كان العبد قبض الأجر قبل العمل ثم أعتقه المولى ٥ بعد ما عمل نصف السنة فالعبد أيضا بالخيار إن شاء نقض الإجارة و رد على المستأجر نصف ما أخذ منه من الأجر، و إن كان المولى أخذ ذلك من عبده فاستهلكه كان للمستأجر أن يأخذ العبد بذلك[3] حتى يؤديه هو إليه، و لا سبيل له على المولى، و للعبد أن يرجع على المولى فيأخذ منه نصف ما أخذ إن كان قائما بعينه عرضا أو غيره، و إن كان المولى ١٠ استهلكه كان له أيضا أن يرجع على المولى بنصف ما قبض لأن هذا المال لم يجب على المولى للعبد فى حال رقه، إنما وجب له بعد العتق و بعد فسخ الإجارة؛ أ لا ترى أن المستأجر لا سبيل له على المولى و إن كان العبد معدما[4]! لأن المولى قبض ذلك من العبد يوم قبض و لا دين على العبد، و لو كان على العبد يومئذ دين لكان[5] للغريم أن يأخذ ١٥

---

(١) كذا فى ز، م، ه؛ و فى الأصل «اعطاه».

(٢) و فى ز «بوكالة العبد».

(٣) لفظ «بذلك» سقط من م.

(٤) و فى ه «مقدما» تصحيف.

(٥) و فى ه «فكان».

المولى بما أخذ من مال عبده حتى يدفعه إليه قضاء من دينه ، فلذلك[1] كان للعبد أن يرجع على المولى بما أخذ منه حتى يوفيه المستأجر . و إن اختار العبد المضى على الإجارة فمضى حتى أتم الخدمة فان كان لم يقبض الأجر فى حال رقه فالأجر بين المولى و عبده نصفان : نصف للمولى ٥ حصة ما مضى من الشهور ، و نصفه[2] للعبد ؛ فان كان العبد قبض الأجر فى حال رقه ثم مضى على الإجارة حتى انتهى فالأجر كله للمولى دراهم كانت أو دنانير أو[3] كيلا أو وزنا أو عرضا من العروض[4] كائنا ما كان .

فان قال قائل : و كيف يكون للعبد أن يفسخ الإجارة و هو الذى وليها ؟ قيل له : لأنها تمت فى حال رقه باذن المولى له فى ذلك ؛ ألا ترى ١٠ لو أن أمة زوجت نفسها باذن مولاها ثم أعتقت كان لها الخيار[5] إن شاءت أقامت مع زوجها و إن شاءت فارقته و هى التى وليت النكاح ! و كذلك العبد إذا ولى الإجارة . فان قال قائل : و كيف يكون للعبد أن يفسخ الإجارة فى وجه من هذه الوجوه و قد كانت جائزة ؟ قيل له : لأن الإجارة تفسخ بعذر ، فالعتق من أفضل العذر لأن الأمر رجع إلى العبد ١٥ و صار أحق بنفسه من المولى ؛ ألا ترى أن رجلا لو توفى فأوصى إلى

(١) و فى ه « فكذلك » .

(٢) و فى ه « نصف » .

(٣) و فى الأصل « و » و الصواب « أو » كما فى بقية النسخ .

(٤) سقط قوله « أو عرضا من العروض » من م .

(٥) كما لو كان المولى هو الذى زوجها ـ قاله الشارح ص ٢٠٦ .

رجل

رجل و ترك ابنا صغيرا فآجره الوصى فى عمل من الأعمال فلم يتم العمل حتى بلغ الغلام مبلغ الرجال فهو بالخيار إن شاء مضى على العمل حتى يتمه و أخذ الأجر كله، و إن شاء فسخ الإجارة فيما بقى و كان له أجر ما مضى! و هذا قول أبى حنيفة. فاذا كان للغلام أن ينقض الإجارة [1] و الأجر له فالعبد أحرى أن ينقض الإجارة [1] إذا أعتق. و الأجر يكون لمولاه إن [2] كان ٥ قد قبضه فى حال الرق.

و كذلك لو أن الأب نفسه [3] آجر ابنه و هو صغير فى عمل من الأعمال سنين معلومة بأجر معلوم فبلغ الغلام قبل أن يتمم [4] السنون [5] فهو بالخيار إن شاء فسخ الإجارة، و إن شاء مضى عليها، و كانت [6] حاله كحال الذى آجره الوصى [7]. ١٠

و لو كان الوصى أو الوالد آجر دارا للصغير سنين معلومة فبلغ الغلام فأراد أن يبطل الإجارة لم يكن له ذلك، و لا يشبه هذا فى

(١-١) من قوله « و الأجر له » ساقط من ع، موجود فى بقية الأصول.

(٢) و فى ﻫ « إذا » مكان « إن ».

(٣) سقط لفظ « نفسه » من م.

(٤) و فى ﻫ « يتم ».

(٥) كذا فى الأصول « السنون » بالرفع، و هو يناسب بنسبة « يتم ».

(٦) و فى ﻫ « كان ».

(٧) لما بينا أن فى إجارة النفس كدا و تعبا فلا يلزم من الأب و الوصى فى حق الصبى بعد بلوغه، و ما يلحقه من المشقة يصير عذرا له فى الفسخ - قاله السرخسى فى شرحه ص ٢٠٧.

هذا الوجه إجارة نفسه ، لأن الوالد والوصى فى مال الصغير[1] بمنزلة الوكيلين اللذين يوكلهما الكبير[2] ؛ ألا ترى أن الكبير لو وكل رجلا يؤاجر داره فآجرها[3] كما وكله لم يكن له أن ينقض إجارة وكيله! فكذلك هذا .

٥ ولو آجر العبد نفسه وهو محجور عليه[4] رجلا [5]سنة بمائة درهم ليخدمه[5] ستة اشهر ثم أعتق العبد فالقياس فى هذا أنه[6] لا أجر

(١) سقط قوله « فى مال الصغير » من م .

(٢) قال السرخسى: والفرق لنا بين الفصلين من وجهين : أحدهما أنه ليس فى إجارة الدار والعبد معنى الكد ، والعار فى حق الصبى إذا أدرك فلا يثبت له حق الفسخ ، بخلاف إجارة النفس؛ والثانى أن إجارة الدار والعبد يملك بالولاية، ألا ترى أن من لا ولاية له من القرابات ممن يعول الصبى ليس له ولاية إجارة داره وعبده ، فاذا نفذ باعتبار قيام ولايتهما يجعل كأنهما باشراه بعد البلوغ بالولاية ، فأما صحة إجارة النفس ليس باعتبار الولاية بل باعتبار المنفعة والمصلحة للولد فى ذلك ليتأدب ويتعلم ما يحتاج إليه ، ألا ترى أن من يعول اليتيم يملك ذلك منه وببلوغه زال هذا المعنى لأنه صار من أهل النظر لنفسه فيما يحتاج إليه فلهذا يثبت له الخيار - اه ص ٢٠٧ .

(٣) وفى ز « فآجرها الوصى » .

(٤) سقط لفظ « عليه » من هـ .

(٥ - ٥) قوله « سنة بمائة درهم . . . » سقط من هـ .

(٦) وفى هـ « لأنه » .

للعبد فيما مضى، لأن المستأجر كان ضامنا له و لا يجتمع الأجر و الضمان، و لكنا نستحسن إذا سلم العبد أن يجعل له الأجر فيما مضى فيأخذه العبد فيدفعه إلى مولاه فيكون ذلك لمولاه دونه[1]. و تجوز الإجارة فيما بقى [2]من السنة، و ليس للعبد أن يقبض ذلك لأن الإجارة فيما بقى[2] إنما جازت بعد ما أعتق العبد، فليس[3] للعبد أن ينقض ما جاز بعد عتقه[4] لأنه إنما جاز بغير إجارة[5] المولى؛ ألا ترى أن أمة لو تزوجت رجلا بغير أمر مولاها فأعتقها المولى جاز نكاحها عليها و لم يكن لها خيار فى إبطاله لأنه إنما جاز بعد العتق، و كذلك الإجارة بما[6] جاز ما بقى[7] منها بعد العتق لم يكن للعبد إبطال ذلك، و لكن الإجارة تلزم

(١) قال الشارح: لأن فى ذلك محض منفعة لا يشوبه ضرر، و العبد غير محجور عن اكتساب المال، و ما يكون فيه محض منفعة كالاحتطاب و الاحتشاش، بخلاف ما إذا هلك فان الضمان قد تقرر عليه من حين استعماله، و هو يملكه بالضمان من ذلك الوقت، فتبين أنه استعمل عبد نفسه فلا يجب الأجر، و به فارق الصبي المحجور إذا آجر نفسه و مات فى خلال العمل فانه يجب الأجر بحساب ما عمل، لأن الصبي لا يملك بالضمان فلا ينعدم السبب الموجب للأجر فيما مضى، و إن هلك الصبي من استعماله غرم ديته - اه ص ٢٠٧.

(٢ - ٢) من قوله «من السنة»... ساقط من ﻫ.

(٣) و فى م «و ليس».

(٤) و فى ﻫ «بعد ما عتقه».

(٥) و فى ﻫ «اجازة» و الصواب «اجارة» بالراء كما هو فى بقية الأصول.

(٦) و فى ع «لما».

(٧) سقط لفظ «ما» من «ما بقى» من ز.

العبد ، و يكون للولى أجر ما مضى من الشهور قبل العتق ، و يكون أجر ما بقى من الشهور بعد العتق للعبد؛ فان كان العبد قبض الأجر فى حال الرق و هو دراهم أو دنانير أو شىء[1] مما يكال أو يوزن أو عرض من العروض أو لم يقبض ذلك فهو سواء يكون للولى من ذلك[2] حصة

٥ ما مضى من الشهور و للعبد[3] حصة ما بقى من الشهور بعد ما عتق؛ و لا يشبه هذا الوجه فيما قبض العبد من الأجر ما مضى قبله من الإجارات باذن المولى و إجارة[4] المولى ، لأن العبد لما قبض الأجر فى هذا الوجه فقد قبض شيئا ليس بجائز و لا يجب به[5] الأجر حتى يجوز بعد العمل ، فلما أعتق العبد و قد قبض الأجر فان كان لم يعمل شيئا و لم يمض من

١٠ السنة شىء فانما جازت الإجارة بعد العتق و وجب الأجر بعد العتق ، و صار الأجر كله للعبد؛ فان كان قد مضى من الشهور شىء قبل العتق وجب أجر ذلك للولى بالعمل دون القبض فصار ذلك بمنزلة من لم يقبض؛ فأما أجر ما لم يمض من العمل فانه لا يجب بالقبض حتى تجوز الإجارة ، و إنما جازت الإجارة بعد العتق فصار ذلك للعبد دون المولى ،

١٥ فلذلك افترق[6] جواز الإجارة قبل العتق و جوازها بعد العتق فيما قبض

---

(١) و فى م «او هو شىء».
(٢) و فى م «من بعد ذلك».
(٣) و فى ع «و العبد» و فى بقية الأصول «للعبد» و هو الصواب.
(٤) و فى ز «اجارة».
(٥) و فى هـ «فيه» مكان «به».
(٦) و فى ع «اقترن» تصحيف.

العبد

العبد من الأجر[1] .

[2] آخر كتاب التحرى ، و الحمد لله وحده ، و صلى الله على سيدنا محمد و آله و صحبه و سلم . و حسبنا الله و نعم الوكيل[2]

(١) قال السرخسي : (و إذا سلم العبد من العمل حتى وجب الأجر بحساب ما مضى يقبضه العبد فيدفعه إلى مولاه) لأنه وجب بعقده ، و لكن بمقابلة منافع هى مملوكة للولى فيلزمه دفعه إلى المولى (و تجوز الإجارة فيما بقى من السنة للعبد ، و لا خيار له فى نقض الإجارة) لأنها نفذت بعد عتقه بغير إجارة المولى فكأنه باشره بعد العتق (ألا ترى أن أمة لو زوجت نفسها بغير إذن المولى ثم أعتقها المولى نفذ العتق و لا خيار لها ! بخلاف ما إذا كان عقدها باذن المولى أو أجازه المولى قبل العتق فكذلك فى الإجارة . و كذلك الجواب هنا إن كان قبض الأجر فى حال رقه) لأن للعبد منه حصة ما بقى ، و للولى حصة ما مضى ، بخلاف ما تقدم لأن العقد هناك كان نافذا فالأجر كله بالقبض صار ملكا للولى ، و هنا العقد لم يكن نافذا لأن مباشره محجور عليه ، فانما ينفذ بحسب ما يستوفى من المنفعة لأنه حينئذ يتمحض منفعة لحصة ما استوفى من المنفعة صار مملوكا من الآجر فيكون للولى ، و حصة ما لم يستوف من المنفعة لم يصر مملوكا و إن كان مقبوضا ، و إنما يملك بعد العتق باعتبار إبقاء المنفعة ، و إنما أوفى فيما بقى من المدة المنافع التى هى مملوكة له فلهذا كان الأجر بحساب ما بقى من المدة للعبد ؛ و الله أعلم بالصواب — اهـ ص ٢٠٧ و ٢٠٨ .

(٢-٢) كذا فى ع ، م ؛ و فى ز « هذا آخر . . . » و فيها « و صلواته و سلامه » و لم يذكر فيها « و حسبنا الله و نعم الوكيل » ، و سقط قوله « آخر كتاب التحرى — الخ » من هـ .

☆ ☆ ☆ ☆ ☆

بسم الله الرحمن الرحيم و هو حسبي

الحمد لله الواحد العدل

كتاب الاستحسان*

قال محمد بن الحسن : لا بأس بأن ينظر الرجل من أمه أو من ابنته[2]

(*) قال السرخسي في شرح كتاب الاستحسان من المختصر : كان شيخنا الإمام (أي شمس الأئمة عبد العزيز الحلواني البخاري) يقول : الاستحسان ترك القياس و الأخذ بما أوفق للناس؛ و قيل : الاستحسان طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلى فيه الخاص و العام ، و قيل : الأخذ بالسعة و ابتغاء الدعة ، و قيل : الأخذ بالسماحة و ابتغاء ما فيه الراحة ؛ و حاصل هذه العبارات أنه ترك العسر لليسر ، و هو أصل في الدين ، قال الله تعالى " يريد الله بكم اليسر و لا يريد بكم العسر " و قال صلى الله عليه و سلم : خير دينكم اليسر ؛ و قال لعلي و معاذ رضي الله عنهما حين وجههما إلى اليمن : يسرا ولا تعسرا و قربا ولا تنفرا ؛ و قال صلى الله عليه و سلم : ألا ! إن هذا الدين متين فاغلوا فيه برفق و لا تبغضوا عباد الله فان المنبت لا ارضا قطع و لا ظهرا أبقى ؛ و القياس و الاستحسان في الحقيقة قياسان ، أحدهما جلي ضعيف أثره فسمي قياسا ، و الآخر خفي قوي أثره فسمي استحسانا أي قياسا مستحسنا ، فالترجيح بالأثر لا بالخفاء و الظهور ، كالدنيا مع العقبى فان الدنيا ظاهرة و العقبى باطنة ، و ترجحت بالصفاء و الخلود ، و قد يقوى أثر القياس في بعض الفصول فيؤخذ به . و هو نظير الاستدلال مع الطرد فانه صحيح ، و الاستدلال بالمؤثر أقوى منه ، و الأصل فيه قوله تعالى " فبشر عباد الذين يستمعون القول فيتبعون احسنه " و القرآن كله حسن ، ثم أمر باتباع الأحسن ، و بيان هذا أن المرأة من قرنها إلى قدمها عورة ، هو القياس الظاهر و إليه أشار رسول الله صلى الله عليه و سلم فقال : المرأة عورة مستورة ؛ ثم أبيح النظر =

البالغة أو من أخته أو من كل ذات محرم منه من رحم أو رضاع إلى شعرها أو إلى صدرها أو إلى ثديها أو عضدها أو ساقها أو قدمها، و لا ينبغي له أن ينظر إلى بطنها أو إلى ظهرها أو إلى ما بين سرتها حتى يتجاوز الركبة. و كذلك كل ذات محرم من نكاح نحو امرأة الأب و امرأة الابن و أم الزوجة و ابنة الزوجة[1] إذا كان قد دخل بأمها؛ فان كان ينظر إلى شيء من ذلك منها أو من ذات محرم ممن وصفت لك لشهوة فليس ينبغي له أن ينظر إلى ذلك. و كذلك إذا كان أكبر ظنه أنه إن نظر اشتهاها فينبغي له أن يغض بصره.

و إن أمن على نفسه فلا بأس بأن يسافر بها و يكون محرما لها و تسافر معه لا محرم معها غيره، فان كان يخاف على نفسه فلا يسافرنّ معها و لا يخلونّ معها[2]، و لا ينبغي لها إن خافت ذلك منه أن تخلو معه فى بيت، و لا تسافر معه، فأما إذا أمنا[3] ذلك أو كان عليه أكبر رأيهما

= إلى بعض المواضع منها للحاجة و الضرورة فكان ذلك استحسانا لكونه أرفق بالناس كما قلنا، و الكرخي رحمه الله فى كتابه ذكر مسائل هذا الكتاب و سماه «كتاب الحظر و الإباحة» لما فيه من بيان ما يحل و يحرم من المس و النظر، و لو سماه «كتاب الزهد و الورع» كان مستقيما لأنه بين فيه غض البصر و ما يحل و ما يحرم من المس و النظر و هذا هو الزهد و الورع - اه ١٠/١٤٥. (٢) و فى ه «أمته» تصحيف.

(١) سقط قوله «و ابنة الزوجة» من ه.

(٢) و فى ز «بها».

(٣) و فى ه «اذا انشا» تصحيف.

فلا بأس بالخلوة معها[1] و السفر بها .

و كل شيء من هذا الذى وصفت لك لا بأس بأن ما ينظر[2] إليه من أمه أو ذات رحم محرم منه[3] فلا بأس بأن يمسه منها، ولا بأس بأن يمس شعر أمه و يغسله و يدهنه أو يمس ساقها و رجلها ٥ و يغمز ذلك لها و يمس صدرها و ثديها و عضدها و وجهها و ذراعيها و كفيها . و يكره له أن يمس منها ما كرهنا له النظر إليه إذا كانت مجردة له ، فان كانت غير مجردة له و احتاج إلى حملها أو النزول بها فلا بأس بأن يحملها و ينزلها متواخذا بظهرها أو ببطنها ؛ و كذلك كل ذوات المحرم منه من جميع ما وصفت . فان كان يخاف على نفسه أن يشتهى ١٠ إن يمس شيئا من ذلك و كان عليه أكبر ظنه فليجتنب[4] ذلك بجهده[5] .

---

(١) سقط لفظ «معها» من ه .

(٢) و فى ه «لا بأس بأنه ينظر» .

(٣) و فى ه «او من ذات رحم محرم منه» .

(٤) و فى المختصر الكافى : لا بأس بأن ينظر الرجل من أمه أو ابنته البالغة و أخته وكل ذات محرم منه من نسب أو سبب إلى رأسها و صدرها و ثدييها وعضدها و ساقها ، و لا ينظر إلى ظهرها و بطنها و مابين سرتها حتى يجاوز الركبة ، وما حل له النظر إليه منهن حل له مسه و غمزه ، و ما كرهنا له النظر إليه منهن كرهنا له مسه متجردا ، فأما إذا كان من وراء الثوب فلا بأس له أن يحملها و ينزلها و يأخذ ببطنها أو بظهرها و أن يسافر بها و يخلو بها فى بيت ، و هذا كله =

على

= على ما أمنا على انفسهما الشهوة، وإذا اشتهى واحد منهما أو خاف إن نظر أو مس أو سافر بها أو خلا معها من وراء الثوب بحمل أو إنزال أن يشتهى وكان عليه أكبر رأيه فليجتنب ذلك بجهده، وكذلك الحكم فى النظر والمس والحمل والإنزال مع أمة غيره - اه ق ٢٩٤ .

(٥) قال السرخسى ف ١٠ / ١٤٩ من شرح المختصر : (فأما نظره إلى ذوات محارمه) فنقول (يباح له أن ينظر إلى موضع الزينة الظاهرة و الباطنة) لقوله تعالى "و لا يبدين زينتهن الا لبعولتهن" الآية ، و لم يرد به عين الزينة فانها تباع فى الأسواق و يراها الأجانب ، و لكن المراد منه موضع الزينة وهى الرأس و الشعر و العنق و الصدر و العضد و الساعد و الكف و الساق و الرجل والوجه . فالرأس موضع التاج والإكليل ، والشعر موضع القصاص ، والعنق موضع القلادة و الصدر كذلك ، فالقلادة و الوشاح قد ينتهى إلى الصدر ، و الأذن موضع القرط ، والعضد موضع الدملوج ، و الساعد موضع السوار ، و الكف موضع الخاتم و الخضاب ، و الساق موضع الخلخال ، والقدم موضع الخضاب ؛ و جاء فى الحديث أن الحسن و الحسين رضى الله عنهما دخلا على أم كلثوم وهى تمتشط فلم تستر ؛ و لأن المحارم يدخل بعضهم على بعض من غير استئذان و لا حشمة ، و المرأة فى بيتها تكون فى ثياب مهنتها عادة و لا تكون مستترة . فلو أمرها بالتستر من ذوى محارمها أدى إلى الحرج (و كما يباح النظر الى هذه المواضع يباح المس) لما روى أن النبي صلى الله عليه و سلم كان يقبّل فاطمة رضى الله عنها و يقول : أجد منها ريح الجنة ؛ و كان إذا قدم من سفر بدأ بها فعانقها وقبل رأسها، و قبل أبو بكر رأس عائشة رضى الله عنها؛ و قال صلى الله عليه و سلم : «من قبل رجل أمه فكأنما قبل عتبة الجنة» و قال محمد بن المنكدر : بت أغمز رجل أمي و بات أخي أبو بكر يصلى وما أحب أن تكون ليلتي بليلته =

= (ولكن إنما يباح المس و النظر إذا كان يأمن الشهوة على نفسه و عليها، فأما من كان يخاف الشهوة على نفسه أو عليها فلا يحل له ذلك) لما بينا أن النظر عن شهوة و المس عن شهوة نوع زنا، و حرمة الزنا بذوات المحارم أغلظ، و كما لا يحل له أن يعرض نفسه للحرام لا يحل له أن يعرضها للحرام، فاذا كان يخاف عليها فليجتنب ذلك (و لا يحل له أن ينظر إلى ظهرها و بطنها و لا أن يمس ذلك منها) لأن حكم الظهار ثابت بالنص، و صورته أن يقول الرجل لامرأته « أنت علىّ كظهر أمى » و هو منكر من القول لما فيه من تشبيه المحللة بالمحرمة؛ فلو كان النظر إلى ظهر الأم حلالا له لكان هذا تشبيه محللة بمحللة، و إذا ثبت هذا فى الظهر يثبت فى البطن لأنه أقرب إلى المأتى وإلى أن يكون مشتهى منها، و الجنبان كذلك؛ و ذوات المحارم بالنسب كالأمهات والجدات والأخوات و بنات الأخ و بنات الأخت، وكل امرأة هى محرمة عليه بالقرابة على التأبيد فهذا الحكم ثابت فى حقها (و كذلك المحرمة بالرضاع) لقوله صلى الله عليه و سلم: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب؛ و لحديث عائشة رضى الله عنها أنها قالت: يا رسول الله! إن أفلح بن أبى قبيس يدخل علىّ وأنا فى ثياب فضل! فقال: ليلج عليك أفلح فانه عمك من الرضاعة؛ و إن عبد الله بن الزبير كان يدخل على زينب بنت أم سلمة وهى تمتشط فيأخذ بقرون رأسها و يقول: أقبلى علىّ؛ وكانت أخته من الرضاعة؛ و لأن الرضاع لما جعل كالنسب فى حكم الحرمة فكذلك فى حل المس و النظر (وكذلك المحرمة بالمصاهرة) لأن الله تعالى سوى بينهما بقوله " فجعله نسبا وصهرا " إلا أن مشايخنا يختلفون فيما إذا كان ثبوت حرمة المصاهرة بالزنا فقال بعضهم: لا يثبت به حل المس و النظر لأن ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزانى لا بطريق النعمة، و لأنه قد جرب مرة فظهرت خيانته فلا يؤمن ثانيا، و الأصح أنه لا بأس بذلك لأنها محرمة عليه على التأبيد فلا بأس بالنظر إلى محاسنها، كما لو كان ثبوت حرمة المصاهرة بالنكاح (ثم يحل له أن يخلو بهؤلاء وأن يسافر بهن) لقوله صلى الله عليه وسلم « الا! لا يخلون رجل =

 و قال

و قال أبو حنيفة : إذا بلغت الأمة لم ينبغ أن تعرض[1] فى إزارها.

و قال محمد : و كذلك قولنا ، و إن بلغت أيضا أن تشتهى و تجامع[2] مثلها

= بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان » معناه ليست بمحرم له ، فدل أنه يباح له أن يخلو بذوات محارمه (و لكن بشرط أن يأمن على نفسه و عليها) لما روى عن عمار بن ياسر أنه خرج من بيته مذعورا فسئل عن ذلك فقال : خلوت بابنتى فخشيت على نفسى فخرجت (و كذلك المسافرة) لقوله صلى الله عليه و سلم : لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام و لياليها إلا و معها زوجها أو ذو رحم محرم منها ؛ فدل أنه لا بأس بأن تسافر مع المحرم (و إن احتاج إلى أن يعالجها فى الإركاب و الإنزال فلا بأس بأن يمسها وراء ثيابها و يأخذ بظهرها و بطنها) لما روى أن محمد بن أبى بكر رضى الله عنهما أدخل يده فى هودج عائشة رضى الله عنها ليأخذها من الهودج فوقعت يده على صدرها فقالت : من الذى وضع يده على موضع لم يضعه أحد إلا رسول الله صلى الله عليه و سلم ! فقال : أنا اخوك ؛ و روى أن رجلا جاء إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقال : إن أمى كانت سيئة الخلق ! فغضب و قال: أكانت سيئة الخلق حين حملتك ؟ أكانت سيئة الخلق حين أرضعتك حولين ـ الحديث إلى أن قال قال الرجل : أ رأيت لو حملتها على عاتقى و حججت بها أكنت قاضيا حقها ؟ قال : لا ، و لا طلقة (أى بطلقة ، وهى بفتح الطاء وجع الولادة) ولأن بسبب الستر ينعدم معنى العورة و بالمحرمية ينعدم معنى الشهوة فلا بأس بحملها و مسها فى الإركاب و الإنزال كما فى حق الجنس ـ اه ص ١٥٠ بالاختصار و التغيير فى بعض المواضع .

(١) كذا فى المختصر و كذا فى شرحه للسرخسى ، و فى الأصول « يعرض » بصيغة التذكير .

(٢) كذا فى الأصل ؛ و فى ز ، ه « يجامع » و فى م غير منقوط .

لم ينبغ[١] أن تعرض فى إزارها[٢] .

و لا ينبغى للرجل أن ينظر من أمة غيره إذا كانت بالغة أو تشتهى[٣] مثلها أو توطأ ، إلا ما ينظر إليه من ذوات المحرم ؛ و لا بأس بأن ينظر إلى شعرها و إلى صدرها و إلى ثديها و عضدها و قدمها و ساقها ، ٥ و لا ينظر إلى بطنها و لا إلى ظهرها و لا إلى ما بين السرة منها حتى يجاوز[٤] الركبة ، و كل ما لم[٥] ينظر إليه منها فلا ينبغى له أن يمسه مكشوفا و إن لم يره و لا غير مكشوف ، إلا أن يضطر إلى حملها [٦]أو إلى النزول[٦] بها ، و لا بأس[٧] بأن يمس منها ما يحل له النظر إليه ، لا بأس بأن يمس ساقها و صدرها و شعرها و عضديها[٨] ؛ بلغنا أن ابن عمر مرّ بجارية ١٠ تباع فضرب فى صدرها ومس ذراعيها و قال : اشتروا ، ثم مضى و تركها[٩] ؛

---

(١) و فى ه « و لم ينبغ » و زيادة الواو تحريف .

(٢) لأن الظهر و البطن منها عورة لمعنى الاشتهاء ، فاذا صارت مشتهاة كانت كالبالغة لا تعرض فى إزار واحد ـ اه .

(٣) كذا فى الأصل ؛ و فى م ، ز ، ه « يشتهى » .

(٤) كذا فى م ، ز ، ه ؛ و فى الأصل « تجاوز » .

(٥) سقط حرف « لم » من م ، و هو سهو الناسخ .

(٦-٦) و فى ه « و النزول » و فى م « أو النزول » .

(٧) و فى ه « فلا بأس » .

(٨) و فى ه « عضدها » .

(٩) و زاد فى شرح المختصر « فانها رخيصة » . قلت: روى البيهقى فى سننه ٢/٢٢٧ أخبرنا أبو سعد المالينى أنبا أبو أحمد بن عدى أنبا عمر بن سنان ثنا عباس الخلال =

فهذا

فهذا[1] ونحوه لا بأس به[2] ممن أراد الشراء أو ممن لم يرد، فان كان يخاف على نفسه [3] أن يشتهى إن مس ذلك منها[3] أو كان عليه أكبر رأيه فليجتنب أن يمسها. وكذلك إن كانت الجارية هي التي تمسه فلا بأس بأن تمس منه كل شيء[4] إلا ما بين السرة إلى الركبة[5]، ولا بأس بأن تدهن رأسه وتسرحه وتدهن[6] شعره وصدره وظهره وساقه وقدمه ٥ وتغمز[7] ذلك إلا أن يشتهي أو يكون أكبر[8] رأيه على أنها إن فعلت ذلك اشتهاها أو اشتهت فينبغي له أن ينهاها[9] أن تعرض[10] لذلك

= ثنا يحيي بن صالح ثنا حفص بن عمر ثنا صالح بن حسان عن محمد بن كعب عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا بأس أن يقلب الرجل الجارية إذا أراد أن يشتريها، و ينظر إليها ما خلا عورتها، وعورتها ما بين ركبتها إلى معقد إزارها - اه.

(١) وفي ز «فهو».

(٢) لفظ «به» ساقط من هـ.

(٣-٣) في ز «أن يشتهى ذلك منها».

(٤) وفي م «بأن يمس كل شيء منه».

(٥) وفي هـ «والركبة».

(٦) كذا في هـ؛ وفي ع، م بصيغة الغياب في الأفعال الثلاثة وليس بصواب.

(٧) وفي م «يغمز» وليس بصواب.

(٨) وفي م «اكثر».

(٩) وفي هـ «اشتهاها» تصحيف.

(١٠) وفي م، هـ «يعرض» وليس بشيء.

منه؛ ألا ترى أن أمة امرأة الرجل تخدمه و تدهنه و تغمز رجله و تخضبه فلا يكون بذلك[1] بأس ما لم يشته[2] أو يكون أكبر[3] رأيـــه على أنه يشتهى إن فعلت أو على أنها تشتهى إن فعل ! فان كان أكبر[3] رأيه على ذلك فليجتنبه . و كذلك لا بأس بأن تنظر منه إلى كل شيء ما خلا ما بين السرة و الركبة ، و لا بأس بأن تنظر[4] إلى السرة ، إنما يكره أن تنظر[4] إلى ما تحت السرة ، و لا ينبغى أن تنظر إلى الركبة لأن الركبة من العورة .

و أما المرأة الحرة التى لا نكاح بينه و بينها و لا حرمة ممن يحل له نكاحها فليس ينبغى له أن ينظر إلى شيء منها مكشوفا إلا الوجه

---

(١) و فى م « ذلك » و ليس بشيء .

(٢) قال السرخسى: و هذا لأنه بمنزلة ذوات المحارم فى حكم المس ولأنه كما يحتاج إلى النظر يحتاج إلى المس ليعرف لين بشرتها فيرغب فى شرائها، وتحل الخلوة والمسافرة بينهما كما فى ذوات المحارم، إلا أن عند بعض مشايخنا ليس له أن يعالجها فى الإركاب والإنزال لأن معنى العورة و إن انعدم بالستر فمعنى الشهوة باق فيها فانها ممن يحل له ، والأصح أنه لا بأس بذلك إذا أمن الشهوة على نفسه وعليها لأن المولى قد يبعثها فى حاجته من بلد إلى بلد ولا تجد محرما ليسافر معها وهى تحتاج إلى من يركبها و ينزلها فلا بأس بذلك (وكذلك لا بأس بأن يخلو بها كالمحارم، ألا ترى أن جارية المرأة قد تغمز رجل زوجها و تخلو به) و لا يمتنع أحد من ذلك ، (و المدبرة وأم الولد والمكاتبة فى هذا كالأمة القنة) لقيام الرق فيهن (و المستسعاة فى بعض القيمة كذلك عند أبى حنيفة رحمه الله) لأنها بمنزلة المكاتب ــ اه ص ١٥١ - ١٥٢ .

(٣) و فى م « اكثر » .

(٤) و فى ه «ينظر» و الصواب « تنظر» بضمير التأنيث .

و الكف، و لا بأس بأن ينظر إلى وجهها و إلى كفها، و لا ينظر إلى شيء غير ذلك منها؛ و هذا قول أبي حنيفة، و قال الله تبارك و تعالى ﴿و قل للمؤمنٰت يغضضن من أبصارهن و يحفظن فروجهن و لا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾ فقسر المفسرون أن ما ظهر منها الكحل و الخاتم، والكحل زينة الوجه، و الخاتم زينة الكف، فرخص في هاتين الزينتين. ولا بأس بأن ٥ ينظر إلى وجهها[1] و كفها[2]، إلا أن يكون إنما ينظر إلى ذلك اشتهاء منه لها فان

---

(١) قال على و ابن عباس رضى الله عنهم: ما ظهر منها: الكحل و الخاتم؛ وقالت عائشة رضى الله عنها: إحدى عينيها، و قال ابن مسعود رضى الله عنه: خفها وملاءتها، و استدل في ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم: النساء حبائل الشيطان، بهن يصيد الرجال، و قال صلى الله عليه و سلم: ما تركت بعدى فتنة أضر على الرجال من النساء؛ ولأن حرمة النظر لخوف الفتنة في النظر إلى وجهها أكثر منه إلى سائر الأعضاء، و بنحو هذا تستدل عائشة رضى الله عنها و لكنها تقول هي لا تجد بدا من أن تمشي في الطريق فلا بد من ان تفتح عينها لتبصر الطريق، فيجوز لها أن تكشف إحدى عينيها لهذه الضرورة، و الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة، ولكنا نأخذ بقول على و ابن عباس رضى الله عنهم، فقد جاءت الأخبار في الرخصة بالنظر إلى وجهها و كفها، من ذلك ما روى أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر إلى وجهها فلم ير فيها رغبة؛ ثم لاشك أنه يباح النظر إلى ثيابها ولا يعتبر خوف الفتنة في ذلك فكذلك إلى وجهها و كفها، و روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه يباح النظر إلى قدمها أيضا، و هكذا ذكر الطحاوى لأنها كما تبتلى بابداء وجهها في المعاملة مع الرجال و بابداء كفها في الأخذ و الإعطاء تبتلى بابداء قدميها إذا مشت حافية أو متنعلة و ربما لا تجد الخف في كل وقت؛ و ذكر في جامع البرامكة عن أبي يوسف أنه يباح النظر=

كان ذلك فليس ينبغي له أن ينظر إليه، وإن دعى إلى شهادة عليها أوأراد تزويجها أو كان حاكما فأراد أن ينظر إلى وجهها وكفها[١] ليجيز[٢] إقرارها عليها وليشهد[٣] الشهود[٤] على معرفتها، وإن كان إن نظر

= إلى ذراعيها أيضا لأنها في الخبز وغسل الثياب تبتلى بابداء ذراعيها أيضا، قيل: وكذلك يباح النظر إلى ثناياها أيضا لأن ذلك يبدو منها في التحدث مع الرجال، وهذا كله إذا لم يكن النظر من شهوة، فان كان يعلم أنه إن نظر اشتهى لم يحل له النظر إلى شيء منها لقوله صلى الله عليه وسلم «من نظر إلى محاسن أجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة» وقال لعلي رضي الله عنه «لا تتبع النظرة بعد النظرة فان الأولى لك والأخرى عليك» يعني بالأخرى أن يقصدها من شهوة، وجاء رجل إلى رسول صلى الله وسلم فقال: إني نظرت إلى امرأة فاشتهيتها فأتبعتها بصري فأصاب رأسي جدار! فقال صلى الله عليه وسلم: إذا أراد الله بعبد خيرا عجل عقوبته في الدنيا؛ وكذلك إن كان أكبر رأيه إن نظر اشتهى، لأن أكبر الرأي فيما لا يوقف على حقيقته كاليقين وذلك فيما هو مبني على الاحتياط؛ وكذلك لا يباح لها أن تنظر إليه إذا كانت تشتهي أو كان على ذلك أكبر رأيها، لما روى أن ابن أم مكتوم استأذن على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده عائشة وحفصة رضي الله عنهما فقال لهما: احتجبا، فقالتا: إنه أعمى يا رسول الله! فقال: أو عميان أنتما - اه شرح المختصر للسرخسي مع الاختصار ١٠ / ١٠٤ - ١٠٥.

(٢) وفي ز «كفيها».

(١) كذا في ه، وسقط قوله «وكفها» من بقية الأصول.

(٢) وفي ه «ليخبر» وفي ز «لنحر» تصحيف.

(٣) وفي ه «لتشهد».

(٤) وفي ه «الشهور» تصحيف.

إليها أو كان عليه أكبر[١] رأيه فلا بأس بالنظر إلى وجهها، وإن كان على ذلك لأنه لم ينظر إليها[٢] ههنا ليشتهيها[٣]، إنما النظر[٤] إليها لغير ذلك فلا بأس بالنظر إليها، وإن كان فى ذلك[٥] شهوة إذا كان على ما وصفت لك. ولا ينبغى له أن يمس يدها ولا وجهها[٦] إذا كانت شابة ممن تشتهى، فأما إذا كانت عجوزا ممن لا تشتهى فلا بأس ٥ بمصافحتها ومس يدها، وإن كانت[٧] عليها ثياب فلا بأس بأن يتأملها[٨] أو يتأمل[٩] جسدها ما لم تكن ثياب تصفها[١٠]، فان كانت [١١]ثيابها تلزق[١١] بجسدها حتى يستبين له جسدها [١٢]فينبغى أن يغض بصره عن ذلك، وإن كانت ثيابها لا تصف شيئا من جسدها[١٢] فلا بأس بالنظر إليها لأنه

---

(١) وفى م «أكثر».

(٢) من قوله «أو كان عليه» ساقط من هـ.

(٣) وفى هـ «يشتهيها» والصواب «ليشتهيها».

(٤) وفى هـ «نظر» وفى م «انظر».

(٥) وفى هـ «فى غير ذلك» تحريف.

(٦) وفى هـ «وجهها ولا يدها».

(٧) فى م «كان».

(٨) كذا فى الأصل؛ وفى م، ز «بتأملها» وفى هـ «بأن يتشاكلها» ولم يذكر هذا اللفظ فى المختصر.

(٩) وفى م «أو بتأمل».

(١٠) أى تكون عليها ثياب رقاق يشف منها بدنها.

(١١ - ١١) وفى هـ «ثيابها تصفها تلزق»، والصواب «ثيابها تلزق».

(١٢ - ١٢) من قوله «فينبغى» ساقط من الأصل، موجود فى بقية الأصول.

إنما ينظر إلى الثياب و إلى القامة فلا بأس بذلك .

و لا بأس[1] بأن تنظر المرأة التى لا نكاح بينها و بين الرجل منه إلى جميع جسده و وجهه و رأسه إلا ما بين سرته إلى ركبته فان ذلك عورة، و لا ينبغى لها أن تنظر إليه، و لا بأس بأن تنظر إلى السرة أيضا، إنما يكره أن تنظر إلى ما تحتها، فأما السرة خاصة فلا بأس بالنظر إليها. ٥
ولا ينبغى لها أن تنظر إلى الركبة لأن الركبة من العورة. ولا ينبغى لها أن تمس منه قليلا و لا كثيرا إذا كانت شابة يشتهى مثلها أو كان شابا يجامع مثله، فان كانا كبيرين لا يجامع مثله و لا يجامع مثلها فلا بأس بالمصافحة[2]،

(١) سقط قوله « و لا بأس » من ﻫ .

(٢) قال السرخسى فى شرح المختصر: و إن كان لا يأمن عليها أن تشتهى لم يحل له أن يصافحها فيعرضها للفتنة ، كما لا يحل له ذلك إذا خاف على نفسه ، فأما النظر إليها عن شهوة لا يحل بحال إلا عند الضرورة و هو ما إذا دعى إلى الشهادة عليها أو كان حاكما ينظر ليوجه الحكم عليها باقرارها أو بشهادة الشهود على معرفتها ، لأنه لا يجد بدا من النظر فى هذا الموضع ، و الضرورات تبيح المحظورات ، و لكن عند النظر ينبغى أن يقصد أداء الشهادة أو الحكم عليها و لا يقصد قضاء الشهوة لأنه لو قدر على التحرز فعلا كان عليه أن يتحرز ، فكذلك عليه أن يتحرز بالنية إذا عجز عن التحرز فعلا، كما لو تترس المشركون بأطفال المسلمين فعلى من يرميهم أن يقصد المشركين و إن كان يعلم أنه يصيب المسلم ، و اختلفوا فيما إذا دعى إلى تحمل الشهادة و هو يعلم أنه إن نظر إليها اشتهى ، فمنهم من جوز له ذلك أيضا بشرط أن يقصد تحمل الشهادة لا قضاء الشهوة ، ألا ترى أن شهود الزنا لهم أن ينظروا إلى موضع العورة على قصد تحمل الشهادة ، و الأصح أنه لا يحل له ذلك لأنه لا ضرورة عند التحمل ، فقد يوجد من يتحمل الشهادة و لا يشتهى ، بخلاف حالة الأداء فقد التزم هذه الأمانة بالتحمل و هو متعين لأدائها ؛ وكذلك إن كان أراد أن يتزوجها فلا بأس أن ينظر إليها و إن كان يعلم =

و يكره غير ذلك . و إذا كانت المرأة إذا نظرت (١) إلى بعض ما (١) وصفت

= أنه يشتهيها لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للمغيرة بن شعبة لما أراد أن يتزوج امرأة « أبصرها فانه أحرى أن يؤدم بينكما » وكان محمد بن مسلمة يطالع بنية تحت اجارلها فقيل له : أ تفعل ذلك وأنت صاحب رسول الله صلى الله وسلم ؟ فقال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إذا ألقى الله خطبة امرأة فى قلب رجل أحل له النظر إليها » ولأن مقصوده إقامة السنة لا قضاء الشهوة ، وإنما يعتبر ما هو المقصود لا ما يكون تبعا ؛ (وإن كان عليها ثياب فلا بأس بتأمل جسدها) لأن نظره إلى ثيابها لا إلى جسدها ، فهو كما لو كانت فى بيت فلا بأس بالنظر إلى جدرانه - إلى أن قال (و هذا إذا لم تكن ثيابها بحيث تلصق فى جسدها و تصفها حتى يستبين جسدها ، فان كان كذلك فينبغى له أن يغض بصره عنها) لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : لا تلبسوا نساءكم الكتان و لا القباطى فانها تصف و لا تشف ؛ و كذلك إن كانت ثيابها رقيقة لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لعن الله الكاسيات العاريات » يعنى الكاسيات الثياب الرقاق اللاتى كأنهن عاريات ، و قال صلى الله عليه و سلم « صنفان من أمتى فى النار : رجال بأيديهم السياط كأنها أذناب البقر يضربون بها الناس ، ونساء كاسيات عاريات مائلات مميلات (على رؤسهن) كأسنمة البخت » ؛ و لأن مثل هذا الثوب لا يسترها فهو كشبكة عليها فلا يحل له النظر إليها ، و هذا فيما إذا كانت فى حد الشهوة ، فان كانت صغيرة لا يشتهى مثلها فلا بأس بالنظر إليها و من مسها لأنه ليس لبدنها حكم العورة و لا فى النظر و المس معنى خوف الفتنة ، و الأصل فيه ما روى أن النبي صلى الله عليه و سلم كان يقبل زب الحسن و الحسين رضى الله عنهما و هما صغيران ، و روى أنه كان يأخذ ذلك من أحدهما فيجره والصبي يضحك ؛ ولأن العادة الظاهرة ترك التكلف لستر عورتها قبل أن تبلغ حد الشهوة - اه ١٥٤ ، ١٥٥ بالاختصار .

(١ - ١) و فى ز « الى ما » .

لك من الرجل وقعت فى قلبها له شهوة أو كان على ذلك أكبر[1] رأيها فأحب إلىّ أن تغض بصرها عنه .

و الرجل من الرجل لا ينبغى له أن ينظر منه إلا إلى ما تنظر منه المرأة ، و لا ينبغى له أن ينظر من الرجل إلى ما بين سرته إلى ركبته[2] ، ٥ و لا بأس بالنظر إلى سرته ، و يكره النظر منه إلى ركبته[3] . و كذلك المرأة من المرأة .

---

(١) و فى م «أكثر» .

(٢) و فى ه «و ركبته» و فى البقية «إلى ركبته» .

(٣) قال السرخسى فى شرح المختصر : بدأ الكتاب بمسائل النظر و هو ينقسم أربعة أقسام : نظر الرجل إلى الرجل ، ونظر المرأة إلى المرأة ، و المرأة إلى الرجل ، و الرجل إلى المرأة ؛ أما بيان القسم الأول فانه (يجوز للرجل أن ينظر إلى الرجل إلا إلى عورته ، وعورته ما بين سرته حتى يجاوز ركبته) لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضى الله عنهم أن النبى صلى الله عليه و سلم قال : عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ـ و فى رواية : ما دون سرته حتى يجاوز ركبته ؛ و بهذا تبين أن السرة ليست من العورة ، بخلاف ما يقوله أبو عصمة سعد بن معاذ أنه أحد حدى العورة فيكون من العورة كالركبة ، بل هو أولى لأنه فى معنى الاشتهاء فوق الركبة ، و حجتنا فى ذلك ما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه كان إذا اتزر أبدى عن سرته ؛ و قال أبو هريرة للحسن رضى الله عنهما : أرنى الموضع الذى كان يقبله رسول الله صلى الله عليه وسلم منك ! فأبدى عن سرته فقبلها أبو هريرة رضى الله عنه ؛ و التعامل الظاهر فيما بين الناس أنهم إذا اتزروا فى الحمامات أبدوا عن السرة من غير نكير منكر دليل على أنه ليس بعورة ، فأما =

محمد قال: أخبرنا قدامة بن موسى بن عمر بن قدامة بن مظعون عن أبيه[١] قال: صليت إلى جانب ابن عمر و كنت فتى من الفتيان آتزر على صدرى كما يتزر[٢] الفتيان فأدخل ابن عمر إصبعه لحط إزارى حتى أبدا السرة ثم قال: هكذا فآتزر يا ابن أخى[٣].

= دون السرة عورة فى ظاهر الرواية للحديث الذى روينا، و كان أبو بكر محمد بن الفضل يقول: إلى موضع نبات الشعر ليس من العورة أيضا لتعامل العمال فى الإبداء عن ذلك الموضع عند الاتزار، و فى النزع عن العادة الظاهرة نوع حرج؛ و هذا بعيد لأن التعامل بخلاف النص لا يعتبر، و إنما يعتبر فيما لا نص فيه - اه ص ١٤٦ . قلت: أبو عصمة هذا راوى الكتاب مر فى ابتداء الكتاب كتاب التحرى ص ٢ .

(١) سقط قوله «ابن مظعون عن أبيه» من م . قلت: قدامة بن موسى بن عمر ابن قدامة بن مظعون الجمحى المكى، إمام حرم المدينة، روى عن أبيه و ابن عمر و أنس و أيوب و سالم بن عبد الله بن عمر و عمرو بن ميمون بن مهران و أبى جعفر محمد بن على بن الحسين، و عنه أخوه عمر و ابنه إبراهيم و ابن جريج و سليمان بن بلال و وهيب و يحيى بن أيوب المصرى و الدراوردى و وكيع و أبو عاصم و الواقدى و غيرهم، روى له البخارى تعليقا و أبو داود و الترمذى و ابن ماجه، مات سنة ثلاث و خمسين و مائة، وفى صحة سماعه من ابن عمر نظر، قال الزبير بن بكار: عمّر قدامة ابن موسى و كان ثبتا، و ذكره ابن حبان فى الثقات - كذا فى تهذيب التهذيب ملتقطا . و أما أبوه موسى بن عمر بن قدامة بن مظعون فلم أجده فيما عندى من كتب الرجال .

(٢) و فى « ه » تتزر» و هو فى م غير منقوط .

(٣) لم أجد هذا الأثر فى ما سوى هذا الكتاب .

و بلغنا عن عبد الله بن عمر أنه كان إذا اتزر أبدا عن سرته[١]؛ و السرة ليست من العورة، [٢]و لكن ما تحتها من العورة[٢] فلا ينبغي أن ينظر إليه الرجل من الرجل و المرأة من المرأة حتى يأتي[٣] العذر، فاذا جاء العذر فلا بأس بالنظر إلى ذلك.

٥ لا بأس إذا أرادت المرأة الولادة أن تنظر المرأة منها إلى موضع الفرج و غيره. و كذلك الرجل يريد أن يحتقن أو يختتن[٤] و هو كبير؛ و لا بأس بأن يحقنه[٥] أو يختنه رجل لأن هذا موضع عذر.

فان أصاب امرأة جرح أو قرحة في موضع لا يحل للرجال أن ينظروا إليه. فلا بأس بأن تعلم[٦] امرأة دواء ذلك الجرح أو تلك القرحة ١٠ فتكون[٧] هي التي تداوي به[٨]؛ ألا ترى أن الجارية البكر الحرة[٩] إذا

(١) لم أجد سند هذا البلاغ؛ و بلاغات محمد كلها مسندة.

(٢ - ٢) قوله « و لكن ما تحتها من العورة » ساقط من ه.

(٣) و في ه « تأتي » تصحيف.

(٤) قوله « او يختتن » ساقط من ه.

(٥) و في ه « يحتقنه ».

(٦) و في ه « يعلم ».

(٧) و في ه « فيكون ».

(٨) قال السرخسي في شرح هذه المسألة من المختصر: و لكن مع هذا إذا جاء العذر فلا بأس بالنظر إلى العورة لأجل الضرورة، فمن ذلك أن الخاتن ينظر ذلك الموضع، و الخافضة كذلك تنظر، لأن الختان سنة و هو من جملة الفطرة في حق الرجال لا يمكن تركه و هو مكرمة في حق النساء أيضا، و من ذلك عند =

تزوجها الرجل فمكثت عنده لا يصيبها فرافعته إلى القاضي أجّله سنة، فان وصل إليها، و إلا فرق بينهما، فان مضت السنة فقال « قد وصلت

= الولادة المرأة تنظر إلى موضع الفرج و غيره من المرأة لأنه لا بد من قابلة تقبل الولد و بدونها يخاف على الولد، و قد جوز رسول الله صلى الله عليه و سلم شهادة القابلة على الولادة فذلك دليل على أنه يباح لها النظر؛ وكذلك الرجل ينظر إلى موضع الاحتقان عند الحاجة. أما عند المرض فلأن الضرورة قد تحققت، و الاحتقان من المداواة، و قال صلى الله عليه و سلم « تداووا عباد الله فان الله لم يخلق داء إلا خلق له دواء الا الهرم » إلى أن قال (و إذا أصاب امرأة قرحة في موضع لا يحل للرجل أن ينظر إليه لا ينظر إليه و لكن يعلم امرأة دواءها لتداويها) لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف (ألا ترى أن المرأة تغسل المرأة بعد موتها دون الرجل! وكذلك امرأة العنين ينظر إليها النساء، فان قلن: هي بكر، فرق القاضي بينهما، و إن قلن: هي ثيب، فالقول قول الزوج مع يمينه) و المقصود في هذا الموضع بيان إباحة النظر عند الضرورة، فأما ما وراء ذلك من الفرق بين الإخبار ببكارتها و ثيابتها ليس من مسائل هذا الكتاب - إلى أن قال (و إن لم يجدوا امرأة تداوي تلك القرحة و لم يقدروا على امرأة تعلم ذلك إذا علمت و خافوا أن تهلك أو يصيبها بلاء أو وجع لا تحتمله فلا بأس أن يستروا منها كل شيء إلا موضع تلك القرحة، ثم يداويها رجل و يغض بصره ما استطاع إلا عن ذلك الموضع) لأن نظر الجنس إلى غير الجنس أغلظ فيعتبر فيه تحقق الضرورة. و ذلك لخوف الهلاك عليها، و عند ذلك لا يباح إلا بقدر ما ترتفع الضرورة به (و ذوات المحارم و غيرهم في هذا سواء) لأن النظر إلى موضع العورة لا يحل بسبب المحرمية فكان المحرم و غير المحرم فيه سواء - اه مع الاختصار ص ١٥٦ - ١٥٧.

(٩) سقط لفظ « الحرة » من م.

إليها، و قالت «لم يصل[1] إلىّ» نظر إليها النساء، فان قلن «هى بكر على حالها» خيرت، و إن قلن «هى ثيب» كان القول قول الزوج مع يمينه. أفلا ترى أنه لا بأس بنظر النساء فى هذه الحال لأنها حال عذر! و كذلك رجل اشترى جارية على أنها بكر فقبضها فقال «وجدتها ثيبا» و أراد ردها ٥ على البائع أو يمينه بالله لقد باعها و قبضها و انها لبكر فان النساء ينظرن إليها، فان قلن «هى بكر» فلا يمين[2] على البائع، و إن قلن «إنها[3] ثيب» استحلف البائع بالله البتة لقد باعها و قبضها المشترى و إنها لبكر، فان حلف على ذلك لم ترد عليه، و إن نكل عن اليمين ردت عليه. أفلا ترى أنه لا بأس بأن[4] ينظر النساء فى هذه الحال فى أشياء كثيرة نحو ذلك! ١٠ فان[5] لم يجدوا امرأة تداوى الجرح الذى بها أو القرحة[6] و لم يقدروا على امرأة تعلم ذلك و خافوا على المرأة التى بها الجرح أو القرحة[6] أن تهلك أو يصيبها بلاء أو[7] دخلها من ذلك وجع لا يحتمل أو لم يكن يداوى الموضع إلا رجل فلا بأس بأن يستر[8] منها كل شىء إلا موضع الجرح

(١) و فى ه «لم تصل» خطأ.

(٢) و فى م «فلا بأس» تحريف.

(٣) و فى ه، ز، م «هى» مكان «إنها».

(٤) و فى م «ان».

(٥) و فى ز «فاذا».

(٦ - ٦) من قوله «و لم يقدروا» ساقط من م.

(٧) و فى ه «ام» مكان «أو».

(٨) و فى ه «يستر».

أو

أو القرحة[1] ثم يداويه الرجل و يغض بصره بما استطاع عن عورة، و ذات محرم و غيرها فى ذلك سواء.

و العبد فيما ينظر إليه من مولاته و الحر الذى لا قرابة بينه و لا بينها و لا حرمة سواء، [2]خصيا كان[2] أو فحلا إذا كان قد بلغ مبلغ الرجال فلا ينبغى أن ينظر منها إلى شيء إلا إلى[3] وجهها و كفها[4]. ٥
و لا يحل للخصى شيء يحرم على الفحل. و لا يحل المثلة[5] التى مثلت

(١) و فى ز «القرح».

(٢-٢) و فى ع «كان خصيا».

(٣) و فى ز «لا الى».

(٤) قال السرخسى فى شرح المختصر: (و العبد فيما ينظر من سيدته كالحر الأجنبى) معناه: لا يحل له أن ينظر الا الى وجهها و كفيها عندنا، و قال مالك: نظره إليها كنظر الرجل الى ذوات محارمه؛ و حجتنا فى ذلك ما روى سعيد بن مسيب و سعيد بن جبير قالا: لا يغرنكم سورة النور فانها فى الإناث دون الذكور؛ و مرادهما قوله تعالى "اوما ملكت ايمانهن" و الموضع موضع الإشكال لأن حال الأمة يقرب من حال الرجل حتى تسافر بغير محرم فكان يشكل أنه هل يباح لها الكشف بين يدى أمتها؟ و لم يزل هذا الإشكال بقوله تعالى "او نسائهن" لأن مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الإماء، و المعنى فيه أنه ليس بينهما زوجية و لا محرمية، و حل النظر الى مواضع الزينة الباطنة ينبنى على هذا السبب، و حرمة المناكحة بينهما بعارض على شرف الزوال فكانت فى حقه بمنزلة منكوحة الغير أو معتدته - الخ ص ١٥٧.

(٥) و فى هـ «المسئلة» تحريف.

به شيئا يحرم على غيره من العبيد[1] و الأحرار[2] .

(١) و فى هـ « العبد » .

(٢) قال السرخسى فى شرح المختصر: قال (خصيا كان أو فحلا) هكذا نقل عن عائشة رضى الله عنها قالت: الخصا مثلة، فلا يبيح ما كان محرما قبله، و لأن الخصى فى الأحكام من الشهادات و المواريث كالفحل، و قطع تلك الآلة منه كقطع عضو آخر. و معنى الفتنة لا ينعدم فالخصى قد يجامع، و قد قيل: هو أشد الناس جماعا فانه لا تفتر آلته بالإنزال، و كذلك المجبوب لأنه قد يسحق فينزل، و إن كان مجبوبا قد جف ماؤه فقد رخص بعض مشايخنا فى حقه بالاختلاط بالنساء لوقوع الأمن من الفتنة، و الأصح أنه لا يحل له ذلك، و من رخص فيه تأول قوله تعالى " او التابعين غير اولى الإربة من الرجال " و بين أهل التفسير كلام فى معنى هذا، فقيل: هو المجبوب الذى جف ماؤه، و قيل: هو المخنث الذى لا يشتهى النساء، و الكلام فى المخنث عندنا أنه إذا كان مخنثا فى الردىء من الأفعال فهو كغيره من الرجال بل من الفساق ينحى عن النساء، و أما من كان فى أعضائه لين و فى لسانه تكاسر بأصل الخلقة و لا يشتهى النساء و لا يكون مخنثا فى الردىء من الأفعال فقد رخص بعض مشايخنا فى ترك مثله مع النساء (إلى أن قال) و قيل: المراد بقوله تعالى " او التابعين " الأبله الذى لا يدرى ما يصنع بالنساء إنما همه بطنه، و فى هذا كلام عندنا، فقيل: إذا كان شابا ينحى عن النساء، و إنما كان ذلك إذا كان شيخا كبيرا قد ماتت شهوته فحينئذ يرخص فى ذلك، و الأصح أن نقول: قوله تعالى " او التابعين " من المتشابه، و قوله تعالى " قل للمؤمنين يغضوا " محكم فنقول: كل من كان من الرجال فلا يحل لها أن تبدى موضع الزينة الباطنة بين يديه، و لا يحل له أن ينظر إليها، إلا أن يكون صغيرا فحينئذ لا بأس بذلك لقوله تعالى " او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء " - اهـ ص ١٥٨ .

فأما الزوجة و الأمة تكون للرجل فلا بأس بأن ينظر منها إلى كل شيء فرج أو غيره أو يمسه[1].

و لا بأس بأن يصيبها و هي حائض فيما دون الفرج ؛ و لا بأس بمباشرتها و إن لم يكن عليها إزار .

محمد قال أخبرنا الصلت بن دينار[2] عن معاوية بن قرة المزني[3] قال ٥ سألت عائشة أم المؤمنين : ما يحل للرجل من امرأته و هي حائض ؟ قالت : يجتنب شعار الدم و له ما سوى ذلك[4] . قال محمد : و بهذا نأخذ ،

(١) و في ز « تمسه » .

(٢) صلت بن دينار أبو شعيب الأزدي الهنائي المجنون البصري ، روى عن عبد الله بن شقيق و أبي عثمان النهدي . وعنه وكيع و أبو داود الطيالسي و مسلم ابن إبراهيم و مكي بن إبراهيم ، مات سنة ستين و مائة ، و هو ممن روى له الترمذي و ابن ماجه ، قال أحمد : تركوا حديثه - كذا في الخلاصة .

(٣) معاوية بن قرة بن إياس أبو إياس المزني البصري ، روى له الستة ، و روى عن أبيه و معقل بن يسار المزني و أبي أيوب الأنصاري و عبد الله بن مغفل ، روى عنه ابنه إياس و ابن ابنه المستنير بن أخضر بن معاوية و ثابت البناني وبسطام بن مسلم و سماك بن حرب و منصور بن زاذان و مطر الوراق و قتادة و شعبة و أبو عوانة و آخرون ، قال خليفة و غيره : مات سنة ثلاث عشرة و مائة ، وقال ابن معين : مات و هو ابن ست وسبعين - من تهذيب التهذيب .

(٤) قلت : أشار الإمام إلى هذا الحديث في موطئه و لم يسنده ، فقال بعد ما روى عن مالك عن زيد بن أسلم أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه و سلم : ما يحل لي من امرأتي ؟ قال : تشد عليها إزارها ثم شأنك بأعلاها ، قال محمد : هذا قول أبي حنيفة رحمه الله ، و قد جاء ما هو أرخص من هذا عن عائشة أنها قالت : =

و شعار الدم موضع الفرج ، فأما أبو حنيفة قال : للرجل من امرأته و جاريته إذا كانت حائضا ما فوق الإزار، و كره ما تحت الإزار[١] .

= يجتنب شعار الدم ، وله ما سوى ذلك - اه ص ٧٧ . و هو هذا الحديث ، و روى البيهقي في سننه من طريق بحر بن نصر قال : قرئ على شعيب بن الليث : أخبرك أبوك عن بكير عن أبي مرة مولى عقيل بن أبي طالب عن حكيم بن عقال أنه قال : سألت عائشة أم المؤمنين : ما يحرم عليّ من امرأتي و أنا صائم ؟ قالت : فرجها ، قال : فقلت : ما يحرم عليّ من امرأتي إذا حاضت ؟ قالت : فرجها ، و روى من طريق أبي عمر ثنا حماد عن أيوب عن عكرمة عن بعض أزواج النبي صلى الله عليه و عليها و سلم أن النبي صلى الله عليه و سلم كان إذا أراد من الحائض شيئا أمرها فألقت على فرجها ثوبا ثم صنع ما أراد - ج ١ ص ٣١٤ . و أخرجه أبو داود في سننه : حدثنا موسى بن إسمعيل نا حماد عن أيوب عن عكرمة عن بعض أزواج النبي صلى الله عليه وعليها و سلم قالت : إن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد من الحائض شيئا ألقى على فرجها ثوبا - اه ص ٤١ . وأيده ما رواه البيهقي عن ابن عباس من طريق الحسن بن مكرم ثنا أبو النضر هاشم ابن القاسم ثنا الحكم بن فضيل عن خالد الحذاء عن عكرمة عن ابن عباس قال : اتق من الحائض مثل موضع النعل - اه ص ٣١٤ .

(١) وحجة أبي حنيفة قوله تعالى "فاعتزلوا النساء في المحيض" فظاهره تحريم الاستمتاع بكل عضو منها ، فما اتفق عليه الآثار صار مخصوصا من هذا الظاهر و بقي ما سواه على الظاهر ، و روى أن وفدا سألوا عمر رضي الله عنه عما يحل للرجل من امرأته الحائض و عن قراءة القرآن في البيوت و عن الاغتسال من الجنابة فقال : أ سحرة أنتم ! لقد سألتموني عما سألت عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : للرجل من امرأته ما فوق المئزر، وليس له ما تحته، و قراءة القرآن =

باب النظر واللمس[1] من الأمة إذا أراد[2] أن يشتريها

و إذا أراد الرجل أن يشترى جارية فلا بأس بأن ينظر إلى شعرها و صدرها و ساقها و قدمها و ثديها و إن اشتهى ذلك ، و إنما يكره له[3]

= نور فنور بيتك ما استطعت ؛ و ذكر الاغتسال من الجنابة ؛ و فى حديث أم سلمة رضى الله عنها قالت : كنت فى فراش رسول الله صلى الله عليه و سلم فحضت فانسللت من الفراش فقال : ما لك ؟ أ نفست ؟ قلت : نعم ، قال : ائتزرى وعودى إلى مضجعك ، ففعلت فعانقنى طول الليل ؛ و المعنى فيه أن الاستمتاع فى موضع الفرج محرم عليه ، و إذا قرب من ذلك الموضع فلا يأمن على نفسه أن يواقع الحرام فليجتنب من ذلك بالاكتفاء بما فوق المئزر ، وكان هذا نوع احتياط ذهب إليه أبو حنيفة لقوله صلى الله عليه و سلم « ألا إن لكل ملك حمى و حمى الله محارمه فمن رتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه » و محمد أخذ بالقياس وقال : ليس المراد بالاتزار حقيقة الاتزار بل المراد موضع الكرسف فى ذلك الموضع ، و بين التابعين اختلاف فى معنى قوله عليه الصلاة و السلام « ما فوق المئزر » فكان إبراهيم يقول : المراد به الاستمتاع بالسرة و ما فوقها ، و كان الحسن يقول : المراد أن يتدفأ بالإزار و يقضى حاجته منها فيما دون الفرج فوق الإزار ، و لا ينبغى له أن يعتزل فراشها لأن ذلك تشبه باليهود و قد نهينا عن التشبه بهم ، و روى أن ابن عباس رضى الله عنهما فعل ذلك فبلغ ميمونة رضى الله عنها فأنكرت عليه و قالت : أ ترغب عن سنة رسول الله صلى الله عليه و سلم ؟ كان يضاجعنا فى فراش واحد فى حالة الحيض - انتهى ما قاله السرخسى فى شرح المختصر ١٥٩ - ١٦٠ .

(١) و فى ه « المس » .

(٢) و فى ع ، م ، ز « أراد الرجل » .

(٣) لفظ « له » ساقط من م .

أن ينظر إلى ذلك منها إذا كان إنما ينظر إليه[1] ليشتهي[2] بغير شراء، و مس هذه المواضع منها إذا كان[3] يشتهي إذا مسها أو كان أكبر[4] رأيه على ذلك فاني أكره له مس شيء من هذه المواضع و إن كان يريد الشراء؛ و لا يشبه النظر في هذا الوجه اللمس، ألا ترى أن النظر لا يحرّم عليه أمها و لا ابنتها حتى ينظر إلى الفرج مكشوفا بشهوة، و إنه لو مس شيئا من هذه المواضع بشهوة حرمت عليه أمها و ابنتها[5] و حرمت هي على ابنه و أبيه! فصار اللمس في هذه المواضع أشد من النظر، فلذلك رخصنا[6] في النظر و إن اشتهى، و كرهنا في اللمس إن خاف الشهوة [7]أو كان عليه أكبر[7] رأيه[8].

باب المرأة إذا ماتت مع الرجال

و لو أن امرأة ماتت مع الرجال لا امرأة[9] معهم غيرها لم ينبغ

(١) سقط لفظ «إليه» من هـ.

(٢) و في هـ «يشتهي».

(٣) سقط لفظ «كان» من هـ.

(٤) و في م «أكثر».

(٥) و في هـ «امها و اختها».

(٦) و في هـ «خصنا».

(٧-٧) و في م «أو عليه أكثر».

(٨) زاد في م «والله أعلم». قال السرخسي في شرح المختصر «و قد بينا في كتاب الصلاة حكم غسل كل واحد من الزوجين لصاحبه بعد موته وما فيه من الاختلاف، وحكم غسل أم الولد لمولاها» - اهـ ص ١٦٠.

(٩) و في المختصر «ولا امرأة».

لهم أن يغسلوها و إن كانوا ذوى رحم محرم منها[1] أبوها أو غيره، و لكنهم يتيممونها[2] الصعيد؛ فان كان أبوها[3] أو ابنها أو أخوها أو ذو رحم محرم منها يتيممها بالصعيد[4] يضرب بيديه الأرض ثم ينفض بهما و يمسح بهما وجهها، ثم يضرب بيديه الأرض الثانية ثم ينفضهما كذلك و يمسح يديها إلى المرفقين ظاهر[5] كفيه و باطنهما فى ظاهر الذراعين و باطنهما ٥ ليس بين يديه و بين وجهها و ذراعيها و يديها[6] شيء.

فان كان الرجال الذين معها لا محرم بينهم و بينها فان أحدهم يضع الثوب على يديه فيضرب به الأرض ثم ينفضه و يمسح بذلك وجهها، ثم يعود فيضرب بالثوب و هو على يديه الأرض ثم ينفضه و يمسح يديها إلى المرفقين و يعرض بوجهه عن ذراعيها. وكذلك يفعل بها ١٠ زوجها إن كان معهم[7] لأنها حين ماتت صارت غير زوجته[8] و حل له

---

(١) و فى م «ذى رحم منها».

(٢) كذا فى ز «ييممونها»؛ و فى المختصر «تيمم» و ليس بصواب.

(٣) و فى م «فان أبوها» سقط لفظ «كان» بسهو الناسخ.

(٤) كذا فى الأصل، و فى ز «يممها الصعيد» و فى ه «يممها بالصعيد».

(٥) و فى ه «بظاهر».

(٦) و فى م «نديها» تصحيف.

(٧) و فى المختصر «معها».

(٨) و فى م «زوجه».

نكاح أختها و نكاح ابنتها[1] إن كان لم يدخل بها و نكاح أربع سواها .
قال : بلغنا أن عمر بن الخطاب قال في امرأة له هلكت : نحن كنا أحق بها إذا كانت حية ، فأما إذا ماتت فأولياؤها أحق بها[2] ؛ أفلا ترى أنه لم ير لنفسه فيها حقا بعد موتها ! فكذلك نقول[3] في غسلها ٥ و الصلاة عليها[4] .

باب الرجل يموت مع النساء ليس معهن رجل[5]

و إذا مات الرجل مع النساء ذوات المحرم منه صنعن به كما وصفت

---

(١) قوله « ونكاح ابنتها » ساقط من هـ .

(٢) هذا البلاغ هكذا ذكره في كتاب الآثار أيضا بلاغا ، وأسنده ابن أبي شيبة في مصنفه : حدثنا حفص بن غياث عن ليث عن يزيد بن سليمان عن مسروق قال : ماتت امرأة لعمر رضى الله عنهما فقال : أنا كنت أولى بها إذا كانت حية ، فأما الآن فأنتم أولى بها ـ اهـ ص ٨٣ من كتاب الجنائز .

(٣) و في هـ « يقول » .

(٤) قال السرخسي في شرح المختصر : (و إن كان من تيممها محرما لها يممها بغير خرقة ، و إن كان غير محرم لها يممها بخرقة يلفها على كفه) لأنه لم يكن له أن يمسها في حال حياتها ، فكذلك بعد مماتها (ولا بأس بأن ينظر إلى وجهها ويعرض بوجهه عن ذراعيها) كما في حال الحياة كان له أن ينظر إلى وجهها دون ذراعيها (و كذلك يفعل زوجها) لأنه التحق بالأجنبي ، كما قال عمر رضى الله عنه في امرأة له هلكت : نحن أحق بها حين كانت حية ، فأما إذا ماتت فأولياؤها أحق بها ـ اهـ ص ١٦٠ - ١٦١ .

(٥) و في هـ « غيره » مكان « رجل » .

لك

لك من التيمم في ذوات المحرم من الرجل[١] في المرأة، و لو[٢] كن لسن بذوات محرم منه فييممنه[٣] الصعيد كما وصفت لك من وراء الثوب، إلا امرأته خاصة فانها تغسله، ثم يصلين عليه، و تقوم المرأة الإمام منهن وسط الصف لا تتقدم[٤] الصف كما يتقدم[٤] الرجال؛ و لا تشبه[٥] امرأة الرجل في هذا الزوج في غسل امرأته لأن المرأة عليها عدة من زوجها فهي بمنزلة امرأته حتى تنقضي عدتها، و الرجل لا عدة عليه[٦]؛ و قد بلغنا أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه أمر أسماء ابنة عميس رضي الله عنها أن تغسله فغسلته[٧]، و أمر أبو موسى الأشعري رضي الله عنه

---

(١) سقط قوله «من الرجل» من ه، و في ز «من المرأة في الرجل».

(٢) و في ه «او» بدون الواو.

(٣) كذا في «فيممنه».

(٤ - ٤) سقط قوله «الصف كما يتقدم» من ه.

(٥) و في ه «و لا يشبه».

(٦) قال السرخسي في شرح المختصر ص ١٦١: (و إن مات رجل مع نساء ليس فيهن امرأته يممنه) على ما بينا (إلا أن من تيممه إذا كانت حرة تيممه بغير خرقة) لأنه كان لها أن تمسه في حياته فكذلك بعد موته، فان الأمة بمنزلة المحرم في حق الرجال، و أمته و أمة غيره في هذا سواء لأن ملكه قد انتقل إلى وارثه بموته، فإن كان معهن رجل كافر علمنه الغسل. و كذلك إن كان مع الرجال امرأة كافرة علموها الغسل لتغسلها لأن نظر الجنس إلى الجنس لا يختلف بالموافقة في الدين و المخالفة. إلا أن الكافر لا يعرف سنة غسل الموتى فيعلم ذلك.

(٧) أخرجه في موطئه: أخبرنا مالك أخبرنا عبد الله بن أبي بكر أن أسماء بنت =

= عميس امرأة أبي بكر رضي الله عنهما غسلت أبا بكر حين توفي، فخرجت فسألت من حضرها من المهاجرين فقالت: إني صائمة و إن هذا يوم شديد البرد فهل عليّ من غسل؟ قالوا: لا؛ قال محمد: و بهذا نأخذ، لا بأس أن تغسل المرأة زوجها إذا توفي، و لا غسل على من غسل الميت ولا وضوء، إلا أن يصيبه من ذلك الماء فيغسله ـ اهـ ص ١٦٢. و أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه: حدثنا علي ابن مسهر عن ابن أبي ليلى عن الحكم عن عبد الله بن شداد أن أبا بكر أوصى أسماء بنت عميس أن تغسله، حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو و عن ابن أبي مليكة أن أبا بكر حين حضرته الوفاة أوصى أسماء بنت عميس أن تغسله، و كانت صائمة نعزم عليها لتفطرن ـ اهـ ٢/٨٢؛ و أخرجه البيهقي من طريق سليمان بن داود المنقري ثنا محمد بن عمر ثنا محمد بن عبد الله ابن أخي الزهري عن عروة عن عائشة قالت: توفي أبو بكر رضي الله عنه ليلة الثلاثاء لثمان بقين من جمادى الآخرة سنة ثلاث عشرة و أوصى أن تغسله أسماء بنت عميس امرأته، و إنها ضعفت فاستعانت بعبد الرحمن؛ قال: و إن كان راويه محمد بن عمر الواقدي صاحب التاريخ و المغازي فليس بالقوي، و له شواهد مراسيل عن ابن أبي مليكة وعن عطاء بن أبي رباح و سعد بن إبراهيم أن أسماء بنت عميس غسلت زوجها أبا بكر رضي الله عنه، و ذكر بعضهم أن أبا بكر أوصى بذلك؛ و روى من طريق عبيد بن شريك ثنا عبد الله بن عبد الجبار ثنا الحكم بن عبد الله الأزدي حدثني الزهري عن سعيد بن المسيب عن عائشة رضي الله عنها قالت: سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول «رحم الله امرأ غسلته امرأته و كفن في أخلاقه» قالت: ففعل ذلك بأبي بكر، غسلته امرأته أسماء بنت عميس الأشجعية و كفن في ثيابه التي كان يبتذلها (ثم قال) هذا إسناد ضعيف ـ اهـ ٣/٣٩٧. قلت: هذه الآثار يتقوى بعضها ببعض. و الإرسال و الانقطاع لا يضر عندنا إن كان من ثقة.

امرأته[1] أن تغسله فغسلته[2]، فهذا لا بأس به. فأما أمته أو مدبرته أو مكاتبته أو أم ولده فانهن لا يغسلنه، و لكنهن ييممنه[3] كما ييممه[4] النساء اللاتى لسن بذوات محرم منه[5]، إلا الأمة خاصة فانه لا بأس بأن تيممه[6] و إن لم تجعل على يديها ثوبا، فأما أم الولد فانها تيممه من وراء الثوب و إن كانت عليها عدة، لأن[7] عدتها ليست من موته و إنما وجبت عدتها لأنها عتقت بموته فوجبت[8] عليها العدة للعتق[9]؛ ألا ترى أنه لو أعتقها فى مرضه حرمت عليه بالعتق، و إن مات و هى فى العدة لم تغسله! فكذلك هذا إذا مات[10] فعتقت حرمت عليه بالعتق[11] كما تحرم فى الحياة فليس ينبغى لها بعد ما صارت حرة أن تغسله.

(١) سقط لفظ «امرأته» من م.
(٢) أسنده ابن أبى شيبة: حدثنا وكيع عن سفيان عن إبراهيم بن المهاجر أن أبا موسى غسلته امرأته - اهـ ٢/٨٣. و إبراهيم بن المهاجر لم يدرك أبا موسى فهو منقطع، و الانقطاع ليس بعيب عندنا - و الله أعلم.
(٣) و فى م «يممنه» و فى ﻫ «يتيممنه».
(٤) و فى ﻫ «يممنه».
(٥) سقط لفظ «منه» من م.
(٦) و فى ﻫ، م «يممنه».
(٧) و فى ﻫ «لأنها» تحريف.
(٨) و فى ز «و وجب».
(٩) و فى ﻫ «للعتق».
(١٠) كذا فى م و هو الصواب؛ و فى ع، ز «ماتت».
(١١) من قوله «و إن مات» س ٧ ساقط من ﻫ.

فكذلك امرأته لو فجر بها ابنه من بعد موته أو ارتدت عن الإسلام [١]لم تغسله، و إن رجعت إلى الإسلام بعد ردتها لم تغسله لأنها لو ارتدت في حياته ثم مات و هي في العدة[١] لم تغسله . فكذلك إذا ارتدت بعد موته فصارت في حال لا تغسله لم يحل لها أن تغسله بعد إسلامها[٢] .

(١ - ١) من قوله « لم تغسله » ساقط من م ، ه .

(٢) و في المختصر و شرحه للسرخسي ١٠/١٦١ : (فان ارتدت امرأته عن الإسلام بعد موته ثم رجعت إلى الإسلام أو فجر بها ابنه لم يكن لها أن تغسله) عندنا ، وعند زفر لها ذلك لأن حل المس و الغسل ههنا باعتبار العدة ، حتى لو انقضت عدتها بوضع الحمل لم يكن لها أن تغسله . و بما اعترض لم يتغير حكم العدة ، بخلاف ما إذا كان العارض قبل موته لأن الحل هناك باعتبار النكاح و قد ارتفع بهذا العارض . و حجتنا في ذلك أن ردتها و فعل ابن الزوج بها لو صادف حلا مطلقا كان رافعا له ، فكذلك إذا صادف ما بقي من الحل بعد موته و هو حل الغسل و المس فيكون رافعا له بطريق الأولى ، و لا نقول إن هذا الحل لأجل العدة فان العدة من نكاح فاسد ، و الوطء بالشبهة لا يفيد حل الغسل و المس ، و ذكر في اختلاف زفر و يعقوب أن المجوسي لو أسلم و مات ثم أسلمت امرأته فليس لها أن تغسله عند زفر ، و لها ذلك في قول أبي يوسف ، فزفر يعتبر وقت الموت ، فاذا لم يكن بينهما حل غسل و المس عند الموت لا يثبت بعد ذلك ، بخلاف ما لو أسلمت قبل موته أو انقضت عدة الأخت . و قال بحكم الفرار في الميراث فانها لو أعتقت بعد موته أو أسلمت لم ترث منه ، بخلاف ما لو أسلمت في حال الحياة أو أعتقت ثم طلقها ثلاثا ، و أبو يوسف يقول : الحل قائم بينهما بعد وطئ الأخت ، و لكن عدتها مانعة . و لو زال هذا المانع في حال حياته ثبت حل الاستمتاع مطلقا ، فكذلك إذا زال بعد موته ثبت من الحل بقدر ما يقبله المحل و هو حل الغسل و المس - انتهى ص ١٦٢ .

و إن ماتت امرأة مع رجال و معهم غلمان لا يشتهون النساء لصغرهم و لا يجامع[1] مثلهم فلا بأس بأن يعلموهم الغسل إن ضبطوا ثم يأمروهم أن يغسلوا المرأة[2]. و كذلك الجارية الصغيرة التى تموت مع الرجال و هى لا يشتهى[3] مثلها و لم تبلغ أن تجامع لصغرها فلا بأس أن يغسلها الرجال و إن كانوا غير ذوى محرم منها[4]. ٥

و إذا ماتت المرأة مع لرجال و معهم امرأة من[5] أهل الذمة فلا بأس بأن يعلموها الغسل ثم يخلوا بينها و بينها حتى تغسلها . و كذلك الرجل يموت مع النساء و معهن رجل من أهل الذمة فلا بأس بأن يعلمنه الغسل ثم يخلين بينه و بينه حتى يغسله

و كذلك إذا مات رجل مع النساء و معهن صبيان صغائر[6] من ١٠

(١) و فى ه « جامع » .

(٢) قال السرخسى فى شرح المختصر : و هذا عجيب ! فالرجال قد يعجزون عن غسل الميت فكيف يقوى عليه الصغار الذين لم يبلغوا حد الشهوة ؟ و لكن مراد محمد بيان الحكم إن تصور — اه .

(٣) كذا فى ه ، م ، ز ؛ و فى الأصل « لا تشتهى » .

(٤) قال السرخسى فى شرح المختصر ص ١٦٢ : (و أما الصغير الذى لم يبلغ حد الشهوة إذا مات مع النساء فلا بأس بأن يغسلنه، و كذلك الصغيرة مع الرجال) لما بينا أنه ليس لعورته حكم العورة فى الحياة حتى لا يجب ستره و يباح النظر إليه ، فكذلك بعد الموت ، و المعتوهة كالعاقلة لأنها تشتهى — اه .

(٥) و فى ع « مع » مكان « من » و ليس بشىء .

(٦) كذا فى ز « صغائر » و فى البقية « صغار » .

الجوارى لم يبلغن أن يشتهين و لا يجامع مثلهن فلا بأس بأن تصف[١] النساء لهن[٢] الغسل إن ضبطنه[٣] ثم يخلين بينهن و بينه حتى يغسلنه .

و الخصى و المعتوه فى ذلك سواء كله بمنزلة الرجل الكبير الصحيح الفحل فى جميع ما وصفت لك ، وكذلك الرتقاء و المعتوهة[٤] هى بمنزلة ٥ غيرها من النساء فى جميع ما وصفت لك .

باب الشهادة[٥] فى أمر الدين

و قال محمد بن الحسن : إذا حضر رجل مسافر يريد الصلاة فلم يجد ماء إلا ماء فى إناء أخبره رجل أنه قذر أو قال[٦] بال فيه صبي أو وقع فيه دم أو عذرة أو غير ذلك مما ينجسه ، فانه ينبغي للرجل أن ١٠ ينظر فى حال الرجل الذى أخبره ، فان كان يعرفه وكان[٧] عنده عدلا مسلما رضيا لم يتوضأ بذلك الماء[٨] و تيمم و صلى . و كذلك إن كان الرجل عبدا أو كانت امرأة حرة مسلمة أو أمة بعد أن تكون عدلا ثقة فيما قالت ، فان كانت[٩] غير ثقة أو كان الذى لا يدرى أخبره ثقة أو غير ثقة

---

(١) و فى ه « يصف » و لم ينقط فى م .
(٢) و فى ه « لهذا » و هو تصحيف « لهن » .
(٣) و فى ه « ضبطه » تصحيف .
(٤) و فى ه « المعتوه » .
(٥) و فى ه « باب فى الشهادة » .
(٦) سقط لفظ « قال » من ه .
(٧) و فى ه « كان » بغير واو قبله .
(٨) سقط لفظ « الماء » من ه .
(٩) كذا فى م ، ه ؛ و فى ع ، ز « كان » .

فانه ينظر فى ذلك، فان كان أكبر[1] رأيه و ظنه أنه صادق فيما قال تيمم أيضا و لم يتوضأ به، فان أهراق الماء[2] ثم تيمم بعد ذلك و أخذ فى ذلك بالثقة فهو أفضل؛ و إن كان أكبر[1] رأيه أن الذى أخبره بذلك كاذب توضأ و لم يلتفت إلى قوله و صلى، و أجزاه ذلك و لا تيمم عليه. ألا ترى أن عمر رضى الله عنه حين ورد حياض[3] ماء حيا[4] فقال عمرو بن العاص لرجل من أهل الماء: أخبرنا عن السباع أ ترد ماءكم هذا؟ فقال عمر: لا تخبرنا عن شيء[5]. ألا ترى أن عمر قد كره[6] أن يخبره! و لو أنه لم يعد خبره ٥

(١) و فى م «اكثر».
(٢) و فى هـ «فانى احب إهراق الماء».
(٣) كذا فى ع، ز، م؛ و فى هـ «مكان حياض».
(٤) قوله «ماء حيا» كذا فى الأصول أى قبيلة وهو مفعول «ورد» ولعله «ماء حياض» كما هو فى المختصر فسقط لفظ «ض» فيكون لفظ «حياض» إذن مكررا، ولعله كانت على هامش الأصل نسخة «ماء حياض» على «حياض ماء» فأدرجه الناسخ فى الأصل فصار مكررا - و الله أعلم.
(٥) هـذا الأثر ذكره المؤلف بسنده فى موطئه فقال: أخبرنا مالك أخبرنا يحيى ابن سعيد عن محمد بن إبراهيم بن الحارث التيمى عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب ابن أبى بلتعة أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه خرج فى ركب فيهم عمرو بن العاص حتى وردوا حوضا فقال عمرو بن العاص: يا صاحب الحوض! هل ترد حوضك السباع؟ فقال عمر بن الخطاب: يا صاحب الحوض! لا تخبرنا فانا نرد السباع وترد علينا؛ قال محمد: إذا كان الحوض عظيما إن حركت منه ناحية لم تحرك به الناحية الأخرى لم يفسد ذلك الماء ما ولغ فيه سبع ولا ما وقع فيه قذر، إلا أن يغلب على ريح أو طعم، فاذا كان حوضا صغيرا إن حركت منه ناحية تحركت الناحية الأخرى فولغ فيه السباع أو وقع فيه القذر لا يتوضأ منه، ألا يرى أن عمر بن =

خبرا ما نهاه عن ذلك١ .

= الخطاب رضى الله عنه كره أن يخبره و نهاه عن ذلك ! و هذا كله قول أبى حنيفة رحمه الله - اه ص ٦٦ . (٦) و فى ه « فذكره » تصحيف .

(١) قال السرخسى فى شرح المختصر (المخبر بنجاسة الماء إما أن يكون عدلا) مرضيا (أو فاسقا أو مستورا ، فان كان عدلا فليس له أن يتوضأ بذلك الماء) لترجيح جانب الصدق فى خبره لظهوره وعدالته (و إن كان فاسقا فله أن يتوضأ بذلك الماء) لعدم ترجيح الصدق فى خبره و اعتبار تعاطيه الكذب و ارتكابه ما يعتقده الحرمة فيه دليل على كذبه فى خبره ، فتتحقق المعارضة بينهما ، و لهذا أمر الله بالتوقف فى خبر الفاسق بقوله تعالى " فتبينوا " و عند المعارضة الأصل فى الماء الطهارة فيتمسك به و يتوضأ ؛ و هذا بخلاف المعاملات فانه يجوز الأخذ فيها بخبر الفاسق لأن الضرورة هناك تتحقق فالعدل لا يوجد فى كل موضع . ولا دليل هناك يعمل به سوى الخبر و هنا لا ضرورة ، و معنا دليل آخر يعمل به سوى الخبر و هو أن الأصل فى الماء الطهارة ، فان قيل : أ ليس خبر الفاسق لا يقبل فى رواية الأخبار و ليس هناك دليل سوى الخبر ؟ قلنا : الضرورة هناك لا تتحقق ، لأن فى العدول الذين يروون ذلك الخبر كثرة يوضح الفرق أن الخبر فى المعاملات غير ملزم فيسقط فيه اعتبار شرط العدالة ، و فى الديانات الخبر ملزم فلا بد من اعتبار شرط العدالة فيه (وكذلك إن كان مستورا) فألحق المستور فى ظاهر الرواية بالفاسق ، و فى رواية الحسن عن أبى حنيفة قال : المستور فى هذا كالعدل ، و هو ظاهر على مذهبه فانه يجوز القضاء بشهادة المستورين إذا لم يطعن الخصم ، و لكن الأصح ما ذكره لأنه لا بد من اعتبار أحد شرطى الشهادة ليكون الخبر ملزما ، و قد سقط اعتبار العدد فلم يبق إلا اعتبار العدالة ، فاذا ثبت أن العدالة شرط قلنا : ما كان شرطا لا يكتفى بوجوده ظاهرا ، كمن قال لعبده « إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر » ثم مضى اليوم فقال العبد : لم أدخل ، و قال =

فان

فان كان ذلك الذى أخبره بنجاسة الماء فى الإناء رجلا من أهل الذمة لم يصدق بقوله، و إن وقع فى قلبه الذى قيل له إنه صادق فانه

= المولى: دخلت، فالقول قول المولى لأن عدم الدخول شرط فلا يكتفى بثبوته ظاهرا لنزول العتق (وكذلك إن كان المخبر عبدا) لأن فى أمور الدين خبر العبد كخبر الحر كما فى رواية الأخبار، و هذا لأنه يلزم نفسه ثم يتعدى منه إلى غيره فلا يكون هذا من باب الولاية على الغير، و بالرق يخرج من أن يكون أهلا للولاية، فأما فيما هو إلزام يسوى بين العبد و الحر لكونه مخاطبا (و كذلك إن كان المخبر امرأة أو أمة) كما فى رواية الأخبار، و هذا لأنها تلتزم كالرجل ثم يتعدى إلى غيرها، و رواية النساء من الصحابة كانت مقبولة كرواية الرجال، قال صلى الله عليه و سلم: تأخذون شطر دينكم من عائشة - رضى الله عنها (ثم بين فى الفاسق و المستور انه يحكم رأيه، فان كان أكبر رأيه أنه صادق تيمم ولا يتوضأ) لأن أكبر الرأى فيما بنى على الاحتياط كاليقين (و إن أراقه ثم تيمم كان أحوط. و إن كان أكبر رأيه أنه كاذب توضأ به و لم يتيمم) فان قيل: كان ينبغى أن يتيمم احتياطا لمعنى التعارض فى خبر الفاسق كما قلنا فى سؤر الحمار إنه يجمع بين التوضئ و بين التيمم لتعارض الأدلة! قلنا: حكم التوقف فى خبر الفاسق معلوم بالنص، و فى الأمر بالتيمم هنا عمل بخبره من وجه فكان بخلاف النص. و لما ثبت التوقف فى خبره بقى أصل الطهارة للماء فلا حاجة إلى ضم التيمم إليه (و استدل بحديث عمر رضى الله عنه حين ورد ماء حياض مع عمرو بن العاص فقال عمرو لرجل من أهل الماء: أخبرنا عن السباع أترد ماءكم هذا؟ فقال عمر رضى الله عنه: لا تخبرنا عن شيء؛ فلولا أن خبره عند خبرا لما نهاه عن ذلك) و عمرو بن العاص بالسؤال قصد الأخذ بالاحتياط، و قد كره عمر رضى الله عنه لوجود دليل الطهارة باعتبار الأصل، فعرفنا أنه ما بقى هذا الدليل فلا حاجة إلى احتياط آخر - اه ص ١٦٣.

أحب إلىّ أن يهريق[1] الماء ثم يتيمم و يصلى، و إن توضأ و لم يهرق[2] أجزاه و أحب إلىّ إذا وقع فى قلبه أنه صادق أن[3] يتيمم مع ذلك و يصلى ، و إن كان أكبر[4] رأيه أنه كاذب توضأ به و لم يلتفت إلى قوله . و إن توضأ و صلى فى الوجهين جميعا و لم يتيمم أجزاه ذلك لأن هذا شىء[5]
٥ من أمر الدين و لا تقوم الحجة فيـه إلا بمسلم ، و لكن ليفعل الذى ذكرت لك فانه أفضل . و كذلك الصبى الذى لم يبلغ إذا عقل ما يقول [6]و المعتوه إذا عقل ما يقول[6] .

---

(١) كذا فى ع ، ز؛ و فى م « يهرق » و فى هـ « اهراق » .
(٢) و فى هـ « و لم يهريق الماء » تصحيف .
(٣) و فى ع « انه » .
(٤) و فى م « اكثر » .
(٥) و فى ز « ليس » مكان « شىء » تصحيف .
(٦-٦) قوله « و المعتوه ـ الخ » ساقط من هـ . و فى المختصـر: فاذا حضر المسافر الصلاة فلم يجد ماء إلا فى إناء أخبره رجل أنه قذر و هو عنده مسلم لم يتوضأ به ، و كذلك إن كان المخبر عبدا أو امرأة حرة أو أمة ، فان كان المخبر بذلك غير ثقة أو كان لا يدرى أنه ثقة أو غير ثقة نظر فيه ، فان كان أكبر رأيه أنه كاذب توضأ به و لا يلتفت إلى قوله و أجزاه ذلك و لا تيمم عليه ، ألا ترى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه حين ورد ماء حياض قال عمرو بن العاص رضى الله عنـه لرجل من أهل الماء: أخبرنا عن السباع أترد ماءكم؟ فقال عمر رضى الله عنـه: لا تخبرنا عن شىء؛ فكره أن يخبره ، و لو لا أن خبره عد خبرا ما نهاه عن ذلك. فان كان الذى أخبره بنجاسة ماء الإناء رجل (كذا) من أهل الذمة لم يقبل =

و لو أن رجلا دخل على قوم من المسلمين يأكلون طعاما و يشربون شرابا لهم فدعوه[1] إليه فقال له رجل مسلم ثقة قد عرفه بذلك: إن هذا

= قوله ، فان وقع فى قلبه أنه صادق فأحب إلى أن يريق الماء ثم يتيمم و يصلى ، فان توضأ و صلى به أجزاه لأن هذا شيء من أمر الدين و لا تقوم الحجة فيه إلا بمسلم ، و كذا الصبي و المعتوه إذا عقلا ما يقولانه ـ اه ق ٢٩٦ . و فى شرحه للسرخسى : (و إن كان الذى أخبره بنجاسة الماء رجل من أهل الذمة لم يقبل قوله) لا لأن الكفر ينافى معنى الصدق فى خبره و لكن لأنه ظهر منهم السعى فى إفساد دين الحق ، قال الله تعالى " لا يالونكم خبالا " أى لا يقصرون فى إفساد أمركم فكان متهما فى هذا الخبر فلا يقبل منه ، كما لا يقبل شهادة الولد لوالده لمعنى التهمة ؛ يقول (فان وقع فى قلبه أنه صادق فأحب إلى أن يريق الماء ثم يتيمم، و إن توضأ به و صلى أجزاه) و فى خبر الفاسق قال (و إذا وقع فى قلبه أنه صادق تيمم و لا يتوضأ به) وهذا لأن الفاسق أهل للشهادة و لهذا نفذ القضاء بشهادته فيتأيد ذلك بأكبر رأيه ، و ليس الكافر من أهل الشهادة فى حق المسلم ، يوضحه أن الكافر يلزم المسلم ابتداء بخبره و لا يلتزم و لا ولاية له على المسلم ، فأما الفاسق المسلم يلتزم و هو من أهل الولاية على المسلم ، قال (و كذلك الصبي و المعتوه إذا عقلا ما يقولان) من أصحابنا من يقول : مراده بهذا العطف أن الصبي كالبالغ إذا كان مرضيا ، و لأنه كان فى الصحابة رضى الله عنهم من سمع فى صغره و لو روى كان مقبولا منه ، كما سقط اعتبار الحرية و الذكورة يسقط اعتبار البلوغ كما فى المعاملات ، و الأصح أن مراده العطف على الذمى ، و أن خبر الصبي و المعتوه فى هذا كخبر الذمى لأنهما لا يلتزمان شيئا و لكن يلزمان الغير ابتداء فانهما غير مخاطبين فليس لهما ولاية إلا الإلزام ، فكان خبرهما فى معنى خبر الكافر ـ ه ص ١٦٤ .

(١) فى ه : فدعوه .

اللحم الذى يأكلونه ذبيحة مجوسى[١] أو خالطه لحم الخنزير ، و هذا الشراب الذى يشربونه قد خالطه الخمر ، فقال الذين دعوه إلى ذلك[٢] : ليس الأمر كما قال[٣]؛ و أخبروه أنه حلال و بينوا له الأمر على وجهه . و أن الأمر كما ذكروا له فانه ينظر فى حالهم فان كانوا عدولا ثقات يعرفهم بذلك ٥ لم يلتفت إلى قول الرجل الواحد[٤] و أخذ بقولهم ، و إن كانوا عنده[٥] غير عدول متهمين على ذلك أخذ بقوله[٦] و لم يسعه أن يقرب شيئا من ذلك . و الرجل المسلم إذا كان عدلا ثقة حجةً فى هذا ، وكذلك[٧] المرأة الحرة و الأمة و العبد[٨] .

---

(١) و فى ه : مجوس .
(٢) قوله « إلى ذلك » ساقط من ه .
(٣) و فى ز « قالوا » و ليس بصواب ، و فى ه « قال ذلك » .
(٤) لأن خبر الواحد لا يعارض خبر الجماعة ، فان خبر الجماعة حجة فى الديانات و الأحكام ، و لأن الظاهر من حال المسلمين أنهم لا يأكلون ذبيحة المجوسى و لا يشربون ما خالطه الخمر ، فخبر الواحد فى معارضة خبرهم خبر مستنكر فلا يقبل ـ اه ما قاله السرخسى فى شرحه ص ١٦٤ .
(٥) سقط لفظ « عنده » من م .
(٦) لأن خبره باعتبار حالهم مستقيم صالح ، و لا معتبر بخبرهم لفسقهم فى حكم العمل به ، و لأن خبر العدل بالحرمة يريبه فى هذا الموضع باعتبار حالهم ، وقال صلى الله عليه و سلم « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك » قاله السرخسى فى شرح المختصر ص ١٦٤ .
(٧) و فى م « وكذا » .
(٨) لأنه أخبره بأمر دينى ، فان الحل و الحرمة من باب الدين ـ قاله السرخسى فى شرح المختصر ص ١٦٥ .

فان

فان كان القوم غير ثقات إلا رجلين منهم فانهما ثقتان و هما فيمن أخبراه[١] بخلاف ما قال الرجل الواحد أخذ بقولهما و ترك قوله[٢] . و إن كان رجل واحد منهم ثقة نظر فيما أخبره به[٣] الرجلان مما اختلفا فيه، فان كان أكبر[٤] ظنــه أن الذى زعم أنه حرام صادق أخذ[٥] بقوله، و إن كان لا رأى له فى ذلك و قد استوت الحالان عنده فلا بأس د بأن[٦] يأكل ذلك و يشربه[٧] . و الوضوء بمنزلته فى جميع ما وصفت لك إذا اختلفا فيه .

فان كان الذى أخبره به أنه حلال رجلين ثقتين إلا أنهما مملوكان و كان الذى زعم أنه حرام رجلا واحدا حرا فلا بأس بأكله[٨] . و إن

(١) و فى ز « اجزاه » تصحيف .

(٢) لأن الحجة فى الأحكام تتم بخبر المثنى فلا يعارض خبرهما خبر الواحد - قاله السرخسى فى شرحه ص ١٦٥ .

(٣) و فى ه « أخبر به » .

(٤) و فى م « أكثر » .

(٥) و فى م « وأخذ » و ليس بشىء إلا أن يكون قبله شىء سقط من الأصول - و الله أعلم .

(٦) و فى م « ان » .

(٧) و فى ه « تأكل ذلك و تشربه » و ليس بشىء .

(٨) لأن فى الخبر الدينى المملوك و الحر سواء، و لا تتحقق المعارضة بين الواحد و المثنى فى الخبر لأنه يحصل من طمأنينة القلب بخبر الاثنـين ما لا يحصل بخبر الواحد - قاله السرخسى .

كان الذى زعم أنه حرام رجلين مملوكين ثقتين و الذى زعم أنه حلال رجلا واحدا حرا ثقة لم ينبغ له أن يأكله[١]. وكذلك لو أخبره بأحد الأمرين عبد ثقة و الذى أخبره بالأمر الآخر رجل حر ثقة نظر إلى أكبر[٢] ظنه فى ذلك[٣] فلزمه، و لم يلتفت إلى غير ذلك. فان كان
٥ الذى أخبره بأحد الأمرين رجلين حرين ثقتين و كان الذى أخبره بالأمر الآخر رجلين مملوكين ثقتين أخذ بقول الرجلين الحرين و ترك قول المملوكين، لأنهما فى الحجة بمنزلة المملوكين و شهادتهما تقطع فى الحكم فهما أولى أن تقبل شهادتهما إذا كانا حرين من غيرهما[٤]. ألا ترى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه شهد عنده المغيرة بن شعبة أن رسول الله
١٠ صلى الله عليه و سلم أعطى الجدة أم الأم السدس فقال: ائت بشاهد آخر، فجاء بمحمد بن مسلمة فشهد على مثل شهادته فأعطى أبوبكر

(١) لما بينا أن خبر الواحد لا يكون معارضا لخبر الاثنين - قاله السرخسى.
(٢) و فى م «اكثر».
(٣) لأن الحجة لا تتم من طريق الحكم بخبر حر واحد، و من حيث الدين خبر الحر و المملوك سواء. فلتحقق المعارضة بين الخبرين يصير إلى الترجيح بأكبر الرأى - قاله السرخسى فى شرح المختصر.
(٤) فعند التعارض يترجح قول الحرين لأن فى قولهما زيادة إلزام فان الإلزام بقول المملوكين ينبنى على الإلزام اعتقادا. و الإلزام فى قول الحرين لا ينبنى على الإلزام اعتقادا حتى كان ملزما فيما لا يكون المرء معتقدا له، فعرفنا أن فى خبرهما زيادة إلزام فالترجيح بقوة السبب صحيح - اه ما قاله السرخسى فى شرحه ص ١٦٥ - ١٦٦.

الجدة السدس[١] ، و هذا شيء من أمر الدين ، و عمر بن الخطاب رضى الله عنه شهد عنده أبو موسى الأشعرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال : إذا[٢] استأذن أحدكم ثلاثا فلم يؤذن له فليرجع فقال : ائت معك[٣] بشاهد على ذلك[٤] ، فهذا أفضل فى الاحتياط، و الواحد مجزئ[٥].

---

(١) أخرجه فى موطئه : أخبرنا مالك أخبرنا ابن شهاب عن عثمان بن إسحاق بن خرشة عن قبيصة بن ذؤيب أنه قال : جاءت الجدة إلى أبى بكر تسأله ميراثها فقال : ما لك فى كتاب الله شيء وما علمنا لك فى سنة رسول الله صلى الله عليه و سلم شيئا فارجعى حتى أسأل الناس ، فقال المغيرة بن شعبة : حضرت رسول الله صلى الله عليه و سلم أعطاها السدس ، فقال : هل معك غيرك ؟ فقام محمد بن مسلمة فقال مثل ذلك فأنفذه لها أبو بكر ـ الحديث ، ص ٣١٤ - ٣١٥ .

(٢) سقط لفظ « قال إذا » من هـ ، م .

(٣) سقط لفظ « معك » من هـ .

(٤) أخرجه البخارى و غيره ، قال البخارى : حدثنا على بن عبد الله قال حدثنا سفيان قال حدثنا يزيد بن خصيفة عن بسر بن سعيد عن أبى سعيد الخدرى قال : كنت فى مجلس من مجالس الأنصار إذ جاء أبو موسى كأنه مذعور فقال : استأذنت على عمر ثلاثا فلم يؤذن لى فرجعت و قال : ما منعك ؟ قلت : استأذنت ثلاثا فلم يؤذن لى فرجعت ، و قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا استأذن أحدكم ثلاثا فلم يؤذن له فليرجع ؛ فقال : و الله لتقيمن عليه بينة ! أمنكم أحد سمعه من النبى صلى الله عليه و سلم ؟ فقال أبى بن كعب : و الله لا يقوم معك إلا أصغر القوم ، فكنت أصغر القوم فقمت معه فأخبرت عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ذلك ؛ و قال ابن المبارك : أخبرنى ابن عيينة قال حدثنى يزيد عن بسر=

ألا ترى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ما قال له ذلك إلا ليحتاط[1] لغيره، ولو لم يأت بشاهد غيره تقبل[2] شهادته لأنه قد قبل شهادة

= ابن سعيد قال سمعت أبا سعيد بهذا - اه ص ٩٢٣ من كتاب الاستئذان .

(٥) كذا فى الأصول، وفى المختصر «يجزى» .

(١) وفى م «ليحاط» تصحيف .

(٢) وفى م «فقبل» . قال السرخسى : قال محمد (فهذا إنما فعلاه للاحتياط، والواحد يجزى) وكان عيسى بن أبان يقول : بل إنما طلبا شاهدا آخر على طريق الشرط لأن طمأنينة القلب تحصل بقول المثنى دون الواحد، ولم يكن فى ذلك الوقت ضرورة فى الاكتفاء بخبر الواحد لكثرة الرواة، فأما فى زماننا فقد تحقق معنى الضرورة فى الاكتفاء بخبر الواحد، والأصح ما أشار إليه محمد (انهما طلبا ذلك للاحتياط، وكانا يقبلان ذلك وإن لم يشهد آخر، ألا ترى أن عمر رضى الله عنه قبل شهادة عبد الرحمن بن عوف حين شهد عنده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم - ولم يطلب شاهدا آخر، وأجاز قول عبد الرحمن ابن عوف رضى الله عنه فى الطاعون حين أراد أن يدخل الشام وبها الطاعون فاستشارهم فأشار عليه بعض المهاجرين بالدخول فقال له أبو عبيدة بن الجراح رضى الله عنه : يا أمير المؤمنين أتفر من قدر الله؟ فقال عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه : إنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إذا وقع هذا الرجز بأرض فلا تدخلوا عليه وإذا وقع وأنتم فيها فلا تخرجوا منها؛ فأخذ عمر بقوله ورجع) وذكر الطحاوى فى مشكل الآثار هذا الحديث فقال : تأويله أنه إذا كان بحال لو دخل فابتلى وقع عنده أنه ابتلى بدخوله، ولو خرج فنجى وقع عنده أنه نجى بخروجه، فلا يدخل ولا يخرج صيانة لاعتقاده، فأما إذا كان يعلم أن كل شىء بقدر وأنه لايصيبه إلا ما كتب الله تعالى فلا بأس بأن =

عبد

عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه فى مثل ذلك، شهد[1] عنده وحده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر عنده المجوس فقال: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب فى أخذ الخراج»، فأجاز عمر قوله وحده[2]. وأجاز قول

= يدخل ويخرج - الخ. راجع ١ / ١٦٦ من شرح المختصر للسرخسى لأن تمام البحث فيه.

(١) وفى م «فشهد».

(٢) ذكره مؤلف الكتاب فى ص ١٧٢ من موطئه بلاغا: قال محمد: السنة أن تؤخذ الجزية من المجوس من غير أن تنكح نساؤهم ولا تؤكل ذبائحهم، وكذلك بلغنا عن النبى صلى الله عليه وسلم - اه. وأخرج الإمام مالك فى بحث جزية أهل الكتاب عن جعفر بن محمد بن على عن أبيه أن عمر بن الخطاب ذكر المجوس فقال: ما أدرى كيف أصنع فى أمرهم؟ فقال عبد الرحمن بن عوف: أشهد لسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: سنوا بهم سنة أهل الكتاب - اه ص ٢١. وروى أبو عبيد فى ص ٣٢ من كتاب الأموال عن يحيى بن سعيد عن جعفر بن محمد عن أبيه مثله. وأخرجه الإمام الشافعى فى ٤ / ٩٦ من كتاب الأم عن مالك مثله سندا ومتنا. وأخرج أبو داود فى باب أخذ الجزية من المجوس من سننه: حدثنا مسدد عن عمرو بن دينار سمع بجالة يحدث عمرو ابن أوس وأبا الشعثاء قال: كنت كاتبا لجزء بن معاوية عم الأحنف بن قيس إذ جاءنا كتاب عمر قبل موته بسنة: «اقتلوا كل ساحر، وفرقوا بين كل ذى محرم من المجوس - الحديث» وفى آخره: «ولم يكن عمر أخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر - اه. وفى الدر المنثور ج ٣ ص ٢٢٨: وأخرج ابن أبى شيبة عن بجالة قال: لم يأخذ عمر رضى الله عنه الجزية من المجوس حتى شهد =

عبد الرحمن بن عوف فى الطاعون حين أراد أن يدخل إلى الشام و كان بها الطاعون فاستشار عمر فى الدخول فأشار إليه بعض المهاجرين بالدخول و قال له أبو عبيدة بن الجراح رضى الله عنه : يا أمير المؤمنين أ تفر[١] من قدر الله ؟ فقال له قوم من أهل مكة : لا تدخل[٢] . فجاء عبد الرحمن ٥ ابن عوف فقال : إنى سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول : « إذا وقع هذا[٣] الرجس بأرض فلا تدخلوا عليه ، وإذا وقع وأنتم بها فلا تخرجوا فرارا[٤] منها[٥] » ، و أخذ عمر بن الخطاب رضى الله عنه بقوله و حديث آخر

= عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه و سلم أخذها من مجوس هجر ؛ و أخرج ابن أبى شيبة عن الحسن بن محمد بن على رضى الله عنهم قال : كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام فمن أسلم قبل منه ، و من أبى ضربت عليهم الجزية ، حتى أن لا تؤكل لهم ذبيحة و لا ينكح منهم امرأة ـ اه .

(١) و فى ه « يفر » و ليس بصواب ، و فى م غير منقوط .

(٢) و فى ه « لا يدخل » تصحيف .

(٣) و سقط لفظ « هذا » من ه .

(٤) كذا فى م ، و سقط لفظ « فرارا » من بقية الأصول .

(٥) أخرجه البخارى و غيره ، قال البخارى فى باب ما يذكر فى الطاعون من كتاب الطب ـ ص ٨٥٣ : حدثنا عبد الله بن يوسف أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن عبد الحميد بن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب عن عبد الله بن عبد الله ابن الحارث بن نوفل عن عبد الله بن عباس أن عمر بن الخطاب خرج إلى الشام حتى إذا كان بسرغ لقيه أمراء الأجناد أبو عبيدة بن الجراح وأصحابه فأخبروه =

=أن الوباء قد وقع بالشام، قال ابن عباس: فقال عمر: ادع لى المهاجرين! فدعاهم فاستشارهم و أخبرهم أن الوباء قد وقع بالشام فاختلفوا فقال بعضهم: قد خرجت لأمر و لا نرى أن ترجع عنه، و قال بعضهم: معك بقية الناس و أصحاب رسول الله صلى الله عليه و سلم و لا نرى أن تقدمهم على هذا الوباء، فقال: ارتفعوا عنى، ثم قال: ادع لى الأنصار، فدعوتهم فاستشارهم فسلكوا سبيل المهاجرين و اختلفوا كاختلافهم فقال: ارتفعوا عنى، ثم قال: ادع لى من كان ههنا من مشيخة قريش من مهاجرة الفتح، فدعوتهم فلم يختلف منهم عليه رجلان فقالوا: نرى أن ترجع بالناس و لا تقدمهم على هذا الوباء؛ فنادى عمر فى الناس: إنى مصبح على ظهر، فأصبحوا عليه؛ قال أبو عبيدة: أفرارا من قدر الله؟ فقال عمر: لو غيرك قالها يا أبا عبيدة! نعم نفر من قدر الله إلى قدر الله، أرأيت لو كان لك إبل هبطت واديا له عدوتان إحداهما خصبة و الأخرى جدبة أليس إن رعيت الخصبة رعيتها بقدر الله، و إن رعيت الجدبة رعيتها بقدر الله؟ قال: فجاء عبد الرحمن بن عوف وكان متغيبا فى بعض حاجته فقال: إن عندى فى هذا علما، سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول «إذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه، و إذا وقع بأرض و أنتم بها فلا تخرجوا فرارا منه» قال: فحمد الله عمر ثم انصرف. وكما أخرجه البخارى عن الإمام مالك أخرجه هو أيضا. قال البخارى حدثنا عبد الله بن يوسف أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن عبد الله ابن عامر أن عمر خرج إلى الشام فلما كان بسرغ بلغه أن الوباء وقع بالشام فأخبره عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: إذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه، و إذا وقع بأرض و أنتم بها فلا تخرجوا فرارا منه - اه. و أخرج الإمام مالك فى موطئه فى باب الطاعون ص ٣٦٢ و الإمام محمد عنه فى موطئه باب الفرار من الطاعون ص ٣٩٥ عن محمد بن المنكدر و عن سالم أبى النضر مولى عمر بن عبيد الله عن عامر بن سعد بن وقاص عن أبيه أنه سمعه يسأل أسامة بن زيد: ما ذا سمعت من رسول الله صلى الله عليه و سلم =

أراد عمر بن الخطاب أن لا يورث المرأة من دية زوجها شيئا حتى شهد له الضحاك بن سفيان[١] أنه أتاه كتاب رسول الله صلى الله عليه و سلم أن يورث[٢] امرأة أشيم الضبابى[٣] من دية زوجها أشيم، فأخذ بقوله[٤].

= يقول فى الطاعون؟ فقال أسامة : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : « الطاعون رجز أرسل على طائفة من بنى إسرائيل - أو : على من كان قبلكم - فاذا سمعتم به بأرض فلا تدخلوا عليه، و إذا وقع بأرض و أنتم بها فلا تخرجوا فرارا منه » ؛ قال محمد : هذا حديث معروف قد روى عن غير واحد، فلا بأس إذا وقع بأرض أن لا يدخلوها اجتنابا له - اه ص ٣٩٦ . و أخرجه البخارى عن حفص بن عمر عن شعبة عن حبيب بن أبى ثابت عن إبراهيم بن سعد قال سمعت أسامة بن زيد يحدث سعدا - الحديث نحوه ص ٨٥٣ . و أخرج مالك عن ابن شهاب عن سالم بن عبد الله أن عمر بن الخطاب إنما رجع بالناس عن حديث عبد الرحمن بن عوف - اه ص ٣٦٢ .

(١) قال فى الخلاصة : ضحاك بن سفيان الكلابى أبو سعيد والى نجد، صحابى، له أربعة أحاديث، و عندهم حديثه فى توريث امرأة أشيم الضبابى، و عنه ابن المسيب و الحسن البصرى - اه. و رمز له « عم » .

(٢) و فى ﻫ « تورث » خطأ .

(٣) أشيم بوزن أحمد، الضبابى بكسر المعجمة بعدها موحدة و بعد الألف أخرى، قتل فى عهد النبي صلى الله عليه و سلم مسلما فأمر الضحاك بن سفيان أن يورث امرأته من ديته، أخرجه أصحاب السنن من حديث الضحاك، و أخرجه أبو يعلى من طريق مالك عن الزهرى عن أنس قال : كان قتل أشيم خطأ؛ و هو فى الموطأ عن الزهرى بغير ذكر أنس، قال الدار قطنى فى الغرائب : وهو المحفوظ ؛ و روى أبو يعلى أيضا من حديث المغيرة بن شعبة أن النبي صلى الله عليه وسلم =

= كتب إلى الضحاك أن يورث امرأة أشيم من دية زوجها، و رواه ابن شاهين من طريق ابن إسحاق: حدثنى الزهرى قال حدثت عن المغيرة أنه قال: حدثت عمر بن الخطاب بقصة أشيم فقال: لتأتينى على هذا بما أعرف، فنشدت الناس فى الموسم، فأقبل رجل يقال له زرارة بن جزء فحدثه عن النبى صلى الله عليه و سلم بذلك - انتهى ما فى الإصابة ١ / ٥١.

(٤) أى فأخذ عمر بقول الضحاك. أخرجه مؤلف الكتاب فى موطئه: أخبرنا مالك أخبرنا ابن شهاب أن عمر بن الخطاب نشد الناس بمنى: من كان عنده علم فى الدية أن يخبرنى به! فقام الضحاك بن سفيان فقال: كتب إلىّ رسول الله صلى الله عليه و سلم فى أشيم الضبابى أن ورث امرأته من ديته، فقال عمر: ادخل الخباء حتى آتيك، فلما نزل أخبره الضحاك بن سفيان بذلك فقضى به عمر بن الخطاب؛ قال محمد: و بهذا نأخذ، لكل وارث فى الدية و الدم نصيب، امرأة كان الوارث أو زوجا أو غير ذلك، و هو قول أبى حنيفة و العامة من فقهائنا - اه باب الرجل يرث من دية امرأته و المرأة ترث من دية زوجها ص ٢٩٢. و فى نصب الراية: روى أنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابى من عقل زوجها أشيم؛ قلت: روى من حديث الضحاك بن سفيان و من حديث المغيرة بن شعبة، فحديث الضحاك بن سفيان أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن سفيان بن عيينة عن الزهرى عن سعيد بن المسيب عن عمر أنه كان يقول: الدية للعاقلة، لا ترث المرأة من دية زوجها شيئا؛ حتى قال الضحاك بن سفيان: كتب إلىّ رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أورث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها؛ فرجع عمر - انتهى؛ أخرجه أبو داود و النسائى فى الفرائض و ابن ماجه فى الديات و الترمذى فيهما و قال: حديث حسن صحيح؛ و رواه أحمد فى مسنده: حدثنا سفيان به؛ و رواه عبد الرزاق فى مصنفه: أخبرنا معمر عن الزهرى عن ابن المسيب أن عمر بن الخطاب قال: ما أرى الدية إلا للعصبة لأنهم يعقلون عنه فهل سمع أحد منكم من رسول الله =

= صلى الله عليه و سلم فى ذلك شيئا؟ فقال الضحاك بن سفيان الكلابى و كان عليه السلام استعمله على الأعراب: كتب إلىّ رسول الله صلى الله عليه و سلم أن أورث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها؛ فأخذ به عمر - انتهى؛ أخبرنا ابن جريج عن الزهرى به و زاد: و كان قتل خطأ؛ و من طريق عبد الرزاق رواه الطبرانى فى معجمه و ابن راهويه فى مسنده، و صحح عبد الحق فى أحكامه هذا الحديث، و تعقبه ابن القطان فى كتابه و قال: إن ابن المسيب لم يسمع من عمر إلا نعيه النعمان بن مقرن، و من الناس من أنكر سماعه منه البتة - انتهى؛ و أما حديث المغيرة فأخرجه الدارقطنى فى سننه عن محمد بن عبد الله الشعيثى عن زفر بن وثيمة عن المغيرة بن شعبة: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى الضحاك أن يورث امرأة أشيم الضبابى من ديته - انتهى؛ و زفر بن وثيمة مجهول الحال - قاله ابن القطان، و تفرد عنه الشعيثى، قال الذهبى: وثقه ابن معين و دحيم، ثم أخرجه عن محمد بن عبد الله الشعيثى عن زفر بن وثيمة عن المغيرة بن شعبة أن زرارة بن جزء قال لعمر بن الخطاب: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى الضحاك بن سفيان أن يورث - الحديث؛ قال الدارقطنى فى كتابه المؤتلف و المختلف: و زرارة بن جزء له صحبة، روى عنه المغيرة؛ قال: وهو بكسر الجيم، هكذا يعرفه أصحاب الحديث، وأهل العربية يقولون بفتح الجيم - انتهى؛ و أخرجه الطبرانى فى معجمه عن محمد بن عبد الله الشعيثى عن زفر بن وثيمة البصرى عن المغيرة بن شعبة أن أسعد بن زرارة الأنصارى قال لعمر بن الخطاب: إن رسول الله صلى الله عليه و سلم كتب إلى الضحاك بن سفيان أن يورث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها - انتهى؛ قال الطبرانى: وأسعد بن زرارة صحابى يكنى أبا أمامة، توفى على عهد رسول الله صلى الله عليه و سلم فى السنة الأولى من الهجرة - انتهى ٤ / ٣٥٢. و روى ابن الأثير فى ترجمة أشيم من أسد الغابة من طريق ابن المبارك عن مالك عن الزهرى عن أنس قال: كان قتل أشيم خطأ، أخرجه أبو عمر و أبو موسى - اهـ ١ / ٩٩.

و بعث رسول الله صلى الله عليه و سلم دحية الكلبي وحده إلى قيصر ملك الروم بكتابه يدعوه[1] إلى الإسلام فكان حجة عليه[2] . و قال على بن أبي طالب رضى الله عنه : كنت إذا لم أسمع من رسول الله صلى الله عليه و سلم فحدثنى[3] به غيره استحلفته على ذلك ؛ و حدثنى به[4] أبو بكر الصديق رضى الله عنه ، صدق أبو بكر ، فكل هذا قد قبل منه[5] شهادة رجل مسلم[6] . ٥

(١) و فى م « فدعوه » و هو تصحيف « يدعوه » .

(٢) قلت : حديث دعوة النبي صلى الله عليه وسلم هرقل معروف عند أئمة الحديث ، أخرجه البخارى فى ابتداء صحيحه فى باب كيف كان بدء الوحى عن أبى اليمان الحكم ابن نافع عن شعيب عن الزهرى عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن عبد الله بن عباس أن أبا سفيان بن حرب أخبره فى قصة طويلة مع هرقل ملك الروم ، و فيه : ثم دعا بكتاب رسول الله صلى الله عليه و سلم الذى بعثه مع دحية الكلبي - الحديث بطوله ص ٤ .

(٣) و فى م « يحدثنى » تصحيف .

(٤) سقط لفظ « به » من ه .

(٥) سقط لفظ « منه » من ه .

(٦) حديث استحلاف على من روى له عن النبي صلى الله عليه و روايته عن أبى بكر الصديق معروف عند أئمة الفن ، رواه أحمد فى مسند أبى بكر فى ابتداء مسنده : حدثنا وكيع قال حدثنا مسعر و سفيان عن عثمان بن المغيرة الثقفى عن على بن ربيعة الوالبى عن أسماء بن الحكم الفزارى عن على قال : كنت إذا سمعت من رسول الله صلى الله عليه و سلم حديثا نفعنى الله بما شاء منه ، و إذا حدثنى عنه غيرى استحلفته فإذا حلف لى صدقته ، و إن أبا بكر حدثنى و صدق أبو بكر أنه سمع النبي صلى الله عليه و سلم قال : ما من رجل يذنب ذنبا فيتوضأ فيحسن =

و بلغنا أن نفرا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه و سلم فيهم[1] أبو طلحة كانوا يشربون شرابا لهم من الفضيخ[2] فأتاهم آت فأخبرهم أن الخمر قد[3] حرمت ، فقال أبو طلحة : يا أنس قم ! إلى هذه الجرار فاكسرها ، فقمت إليها فكسرتها حتى اهراق ما فيها[4] . و الحجج فى هذا كثيرة .

= الوضوء ـ قال مسعر : فيصلى ، و قال سفيان : ثم يصلى ـ ركعتين فيستغفر الله عز و جل إلا غفر له ـ ١/٢ من تصحيح الشيخ أحمد شاكر طبع دار المعارف بمصر . قال السرخسى فى شرح هذا القول فى شرح المختصر الكافى ١٠ / ١٦٧ : و هذا مذهب تفرد به على رضى الله عنه فانه كان يحلف الشاهد ، و يحلف المدعى مع البينة ، و يحلف الراوى و لم يتبع ذلك ، فكأنه كان يقول : إن خبره يصير مزكى بيمينه كالشهادات فى باب اللعان من كل واحد من الزوجين حتى تصير مزكاة باليمين ، ومن لم يعصم عن الكذب لا يكون خبره حجة ما لم يصر مزكى بيمينه ، إلا أبو بكر رضى الله عنه فان تسمية رسول الله صلى الله عليه وسلم إياه «الصديق» كاف فى جعل خبره مزكى ، ولسنا نأخذ بهذا القول لأن الله تعالى أمرنا باستشهاد شاهدين و بطلب العدالة فى الشهود ، فاشتراط اليمين مع ذلك زيادة على ما فى الكتاب ، و قد وقعت الدعاوى و الخصومات فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقل أنه حلف أحدا من الشهود ولا حلف المدعى مع البينة ، ولا يجوز أن يقال : إنهم قد تركوا نقله ، لأن هذا لا يظن بهم خصوصا فيما تعم البلوى فقد نقلوا كل ما دق وجل من أقواله و أفعاله ـ اه .

(١) و فى ه ، م « فمنهم » و فى شرح المختصر « منهم » .

(٢) الفضيخ شراب يتخذ من البسر ـ كذا فى المغرب ٢ / ٩٨ .

(٣) سقط لفظ « قد » من م .

(٤) أخرجه المؤلف فى باب تحريم الخمر و ما يكره من الأشربة من موطئه =

محمد

محمد قال : أخبرنا حازم بن إبراهيم البجلى (١) عن سماك بن

= ص ٣١٢ : أخبرنا مالك أخبرنا إسحاق بن عبد الله بن أبى طلحة الأنصارى عن أنس بن مالك أنه قال : كنت أسقى أبا عبيدة بن الجراح و أبا طلحة الأنصارى و أبى بن كعب شرابا من فضيخ و تمر فأتاهم آت فقال : إن الخمر قد حرمت! فقال أبو طلحة : يا أنس قم إلى هذه الجرار فاكسرها! فقمت إلى مهراس لنا فضربتها بأسفله حتى تكسرت ؛ قال محمد : النقيع عندنا مكروه. ولا ينبغى أن يشرب من البسر و الزبيب و التمر جميعا ، وهو قول أبى حنيفة ، إذا كان شديد السكر ـ اه. و أخرجه البخارى فى صحيحه فى باب نزل تحريم الخمر وهى من البسر و التمر من كتاب الأشربة ص ٨٣٦ : حدثنا إسمعيل بن عبد الله قال حدثنى مالك بن أنس عن إسحاق بن عبد الله بن أبى طلحة عن أنس بن مالك قال : كنت أسقى أبا عبيدة و أبا طلحة و أبى بن كعب من فضيخ زهو و تمر فجاءهم آت فقال : إن الخمر قد حرمت! فقال أبو طلحة : قم يا أنس فأهرقها ، فأهرقتها ـ اه . قال السرخسى فى شرح المختصر : و لو لم يكن خبر الواحد حجة ما وسعهم ذلك لما فيه من إضاعة المال ، و تأويل كسر الجرار أن الخمر كانت تشرب فيها فلا تصلح للانتفاع بها بوجه آخر ، و كان ذلك لإظهار الانقياد و تحقيق الانزجار عن العادة المألوفة ، و على هذا يحمل ما روى أن النبى صلى الله عليه و سلم أمر بكسر الدنان و شق الروايا ـ اه ص ١٦٧ .

(١) ذكره فى لسان الميزان فقال : حازم بن إبراهيم البجلى ، مصرى ، عن سماك ابن حرب ، ذكره ابن عدى فساق له أحاديث و لم يذكر لأحد فيه قولا ولا مطعنا ، ثم قال : أرجو أنه لا بأس به ـ انتهى ؛ و ذكر ابن أبى حاتم أنه روى عنه حماد بن زيد و سلم بن قتيبة و لم يذكر فيه جرحا ، و ذكره البخارى ، و ذكره ابن حبان فى الثقات ، و ذكره الطوسى و على بن الحكم ، كان ثقة كثير العبادة ـ اه ١ / ١٦١ . قلت : يا ليت شعرى فما الباعث فى ذكره فى الضعفاء و المجاهيل! و إلى الله المشتكى .

حرب[1] عن عكرمة مولى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه و سلم قبل شهادة أعرابى وحده على رؤية هلال شهر رمضان، قدم المدينة فأخبرهم أنه قد رآه فأمرهم رسول الله صلى الله عليـه و سلم أن يصوموا بشهادته .

٥　محمد قال أخبرنا وكيع عن سفيان الثورى عن سماك بن حرب عن عكرمة أن أعرابيا شهد عند رسول الله[2] صلى الله عليه و سلم فى رؤيـة الهلال فقال: تشهد أن لا إلـه إلا الله و أنى رسول الله ؟ فقال : نعم ، فأمر الناس فصـاموا[3]؛ فهذا مما يدلك [4]على أن شهادة[4] الواحد فى

(١) سماك بن حرب من رجال التهذيب . من الأعلام ، روى له الخمسة و البخارى تعليقا .

(٢) و فى هـ « عند النبى » .

(٣) أخرج أبو داود الحديث فقال : حدثنا محمد بن بكار بن الريان نا الوليد يعنى ابن أبى ثور (ح) وحدثنا الحسن بن على نا الحسين الجعفى عن زائدة المعنى عن سماك ابن حرب عن عكرمة عن ابن عباس قال : جاء أعرابى إلى النبى صلى الله عليه و سلم فقال إنى رأيت الهلال ـ قال الحسن فى حديثه : يعنى رمضان ـ فقال : أ تشهد أن لا إله إلا الله ؟ قال : نعم ،قال : أتشهد أن محمدا رسول الله؟ قال : نعم ، قال: يا بلال أذن فى الناس فليصوموا غدا ؛ حدثنا موسى بن إسمعيل نا حماد عن سماك بن حرب عن عكرمة أنهم شكوا فى هلال رمضان مرة فأرادوا أن لا يقوموا ولا يصوموا فجاء أعرابى من الحرة فشهد أنه رأى الهلال فأتى به النبى صلى الله عليـه و سلم فقال : أ تشهد أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله ؟ قال : نعـم، و شهد أنه رأى الهلال ، فأمر بلالا فنادى فى النـاس أن يقوموا وأن يصوموا؛ قال أبو داود: رواه جماعة عن سمـاك عن عكرمـة مرسلا عن النبي صلى الله عليه و سلم =

الدين جائزة . و لا يقبل[1] على هلال الفطر أقل من شهادة رجلين حرين

= و لم يذكر القيام أحد إلا حماد بن سلمة ـ اه باب فى شهادة الواحد على رؤية هلال رمضان ص ٣٢٧ من السنن . قال الزيلعى فى ٢ / ٤٤٣ من نصب الراية : أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن زائدة بن قدامة عن سماك عن عكرمة عن ابن عباس ـ الحديث ، و رواه ابن خزيمة و ابن حبان فى صحيحيهما و الحاكم فى المستدرك و قال : على شرط مسلم فانه احتج بسماك . والبخارى احتج بعكرمة ، و لفظ ابن خزيمة وابن حبان و ابن ماجه « يا رسول الله إنى رأيت الهلال الليلة » و عند الدارقطنى « جاء ليلة رمضان » و تابع زائدة على إسناده الوليد و حازم فرواه عن سماك عن عكرمة عن ابن عباس ، فحديث الوليد عند أبى داود و الترمذى ، قال الترمذى : حديث ابن عباس فيه اختلاف و أكثر أصحاب سماك يروونه عنه عن عكرمة عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا ؛ وحديث حازم عند الطبرانى و الدارقطنى ، و رواه عن سماك أيضا حماد بن سلمة و اختلف عليه فأخرجه البيهقى عن موسى بن إسمعيل عنه مسندا ، و رواه أبو داود عن موسى بن إسمعيل به مرسلا ، و رواه عن سماك أيضا سفيان و اختلف عليه أيضا فأخرجه النسائى فى سننه عن الفضل بن موسى السينانى عن سفيان عن سماك به مسندا ، و عن ابن المبارك عن سفيان به مرسلا ، قال : و هذا أولى بالصواب لأن سماكا كان يلقن فيتلقن . و ابن المبارك أثبت فى سفيان من الفضل ـ انتهى ؛ قال الحافظ محمد بن عبدالواحد : رواية زائدة وحازم بن إبراهيم البجلى مما يقوى رواية الفضل السينانى ، و قد رأيت ابن المبارك يروى كثيرا من حديث صحيح فيوقفه ـ انتهى ما نقلته من نصب الراية مختصرا مع التصرف و الزيادة . (٤-٤) و فى م « على شهادة » سهو الناسخ .

(١) كذا فى ز و المختصر ، و فى ه « و لا تقبل » و فى ع ، م الحرف غير منقوط .

أو[1] رجل و امرأتين، لأن هلال الفطر و إن كان من أمر الدين ففيه بعض المنفعة بفطر[2] الناس و تركهم الصوم[3] فذلك يجرى مجرى الحكم، و لا يقبل فيه من الشهادة إلا ما يقبل فى الأحكام. و لا يقبل فى [4]هلال شهر رمضان[4] قول مسلم و لا مسلمين إذا كانوا ممن لا تجوز ٥ شهادته و ممن يتهم، فأما عبد ثقة مسلم أو امرأة مسلمة ثقة حرة أو أمة أو رجل مسلم ثقة إلا أنه محدود فى قذف فشهادته فى ذلك جائزة[5].

(١) و فى م «أو شهادة».

(٢) و فى هـ «يفطر» و فى المختصر «افطر».

(٣) و فى هـ «للصوم».

(٤ ـ ٤) و فى م «هلال رمضان».

(٥) قال السرخسى فى شرح المسألة: و الكلام فى هذا الفصل قد بيناه فى كتاب الصوم، و ذكر ابن سماعة فى نوادره قال: قلت لمحمد: فاذا قبلت شهادة الواحد فى هلال رمضان و أمرت بالصوم ثلاثين يوما و لم يروا الهلال أليس هم يفطرون بشهادة الواحد؟ فقال: لا أتهم المسلم بتبديل يوم مكان يوم؛ و يمكن أن يجاب عن هذا فيقال: الفطر غير ثابت بشهادة و إن كانت تفضى إليه شهادته، كما لو شهدت القابلة بالنسب يثبت استحقاق الميراث و لا يستحق المال بشهادة القابلة، و هذا على قول محمد، فأما على رواية الحسن عن أبى حنيفة: لا يفطرون و إن صاموا ثلاثين يوما إذا لم يروا الهلال؛ قال الحاكم: و هلال الأضحى كهلال الفطر، ذكره فى كتاب الشهادات، و فى النوادر عن أبى حنيفة أن الشهادة على هلال الأضحى كالشهادة على هلال رمضان لما يتعلق به أمر دينى و هو ظهور وقت الحاج و ذلك حق الله تعالى، فأما فى ظاهر الرواية قال (هذا فى معنى هلال =

و إن كان الذى شهد بذلك فى المصر و لا علة[1] فى السماء فشهد على ذلك لم تقبل شهادته ، لأن الذى يقع فى القلب من ذلك أنه باطل . فان كان فى السماء علة من سحاب فأخبره أنه رآه من خلل السحاب

= الفطر لأن فيه منفعة الناس) هنا من حيث التوسع بلحوم الأضاحى فى اليوم العاشر كما فى هلال الفطر (و لا يقبل فى هلال رمضان قول مسلم و لا مسلمين ممن لا تجوز شهادتهم للتهمة) لما بينا أن خبر الفاسق فى أمر الدين غير ملزم ، و ذكر الطحاوى أن شهادة الواحد على رؤية هلال رمضان مقبول عدلا كان أو غير عدل ؛ قيل : المراد بقوله « غير عدل » أن يكون مستورا فيكون موافقا لرواية الحسن عن أبى حنيفة فى المستور ، و قيل : بل مراده الفاسق ، و وجه هذه الرواية أن التهمة منتفية عن خبره هذا لأنه يلزمه من الصوم ما يلزم غيره (فأما عبد مسلم ثقة أو أمة مسلمة أو امرأة مسلمة حرة فشهادتهم فى ذلك جائزة) لأن فى الخبر الدينى الذكور و الإناث و الأحرار و المماليك سواء (وكذلك إن شهد واحد على شهادة واحد) و بهذا تبين أنه خبر لا شهادة حتى لا يشترط فيه لفظ «الشهادة»؛ وذكر (أنه إذا كان محدودا فى قذف قد حسنت توبته فشهادته جائزة) أيضا ، و روى الحسن عن أبى حنيفة أن شهادته لا تقبل لأنه محكوم بكذبه ، و إذا كانت شهادة المتهم بالكذب لا تقبل هنا فالمحكوم بالكذب أولى؛ و وجه هذه الرواية أن خبر المحدود فى أمر الدين مقبول ، ألا ترى أن أبا بكرة بعد ما أقيم عليه حد القذف كانت تعتمد روايته ! و هذا لأن رد شهادته لحق المقذوف و هو دفع العار عنه باهدار قوله ، و ذلك فى الأحكام التى يتعلق بها حقوق العباد و ينعدم هذا المعنى فى أمور الدين فكان المحدود فيه كغيره - اهـ ص ١٦٧ و ١٦٨ .

(١) و فى ز « ولا فى علة » خطأ .

أو جاء من مكان آخر فاخبره بذلك وهو ثقة فينبغى للسلمين أن يصوموا بشهادته[1] .

باب الشهادة فى الرضاع

وإذا تزوج الرجل امرأة[2] فجاءت امرأة[3] مسلمة ثقة أو جاء رجل
٥ مسلم[4] حر ثقة فأخبره أنهما أرضعا من لبن امرأة واحدة فأحب إلىّ أن يتنزه عنها ويطلقها ويعطيها نصف الصداق إن لم يكن دخل بها والصداق كله[5] إن كان دخل بها . وأحب إلىّ لها[6] أن لا تأخذ منه صداقا وأن

(١) يقول (فاذا كان الذى شهد بذلك فى المصر ولا علة فى السماء) من ذلك (لا تقبل شهادته، لأن الذى يقع فى القلب من ذلك أنه باطل ، وقد بينا فى كتاب الصوم أقاويل العلماء فى هذا الفصل، وعن أبى يوسف أنه اعتبر فيه عدد الخمسين على قياس الايمان فى القسامة ، وفيما ذكر هناك إشارة إلى أنه إذا جاء من خارج المصر فانه تقبل شهادته ، فقد ذكر بعد هذا أيضا (أو جاء من مكان آخر وأخبر بذلك) وهكذا ذكره الطحاوى فى كتابه لأنه يتفق من الرؤية فى الصحارى ما لا يتفق فى الأمصار لما فيها من كثرة الغبار . وكذلك إن كان فى المصر على موضع مرتفع فقد يتفق له الرؤية ما لا يتفق لمن هو دونه فى الموقف ـ انتهى ما قاله السرخسى فى شرح المختصر ص ١٦٨ .
(٢) كذا فى هـ ، وفى بقية الأصول « المرأة » .
(٣) وفى هـ « المرأة » .
(٤) سقط لفظ « مسلم » من هـ .
(٥) وفى هـ « كلها » خطأ .
(٦) سقط لفظ « لها » من هـ .

تنزه[1] منه إن كان لم يدخل بها . و إن قاما[2] على نكاحهما لم يحرم ذلك عليها ، و لكن الأفضل أن[3] يتنزها[4] عن ذلك .

وكذلك الرجل يشترى الجارية فيخبره رجل عدل ثقة أنها حرة الأبوين أو أنها[5] أخته من الرضاعة فان تنزه عن وطئها فهو أفضل ، و إن لم يفعل فذلك له واسع .

محمد قال أخبرنا عمر بن سعيد[6] بن أبي حسين عن ابن أبي مليكة[7]

---

(١) و فى هـ « يتنزه » .

(٢) و فى هـ « و إذا قاما » .

(٣) سقط لفظ « أن » من هـ .

(٤) و فى هـ « يتنزها » .

(٥) سقط لفظ « أنها » من هـ .

(٦) وكان فى الأصول « محمد بن أبي سعيد » صحف عمر بمحمد وهما متقاربان فى الخط يصحف أحدهما بالآخر ، « و أبي سعيد » تحريف ، و الصواب « سعيد » و هو عمر بن سعيد بن أبي حسين النوفلى المكى ، روى عن ابن أبي مليكة والقاسم ابن محمد بن أبي بكر الصديق و ابنه عبد الرحمن بن القاسم و عطاء بن أبي رباح و طاوس و عمرو بن شعيب و عبد الرحمن بن حميد بن عبد الرحمن بن عوف و عثمان بن أبي سليمان بن جبير بن مطعم و محمد بن المنكدر وجماعة وعنه الثورى و وهب بن خالد و ابن المبارك و عيسى بن يونس و يحيى القطان و أبو أحمد الزبيرى و روح بن عبادة و عبد الله بن داود الخريبى و أبو عاصم النبيل و آخرون ، روى له الستة إلا أبا داود فانه روى له فى المراسيل ؛ قال أحمد : مكى قرشى من أمثل ما يكتبون عنه ـ راجع تهذيب التهذيب و غيره من كتب الرجال .

(٧) هو عبد الله بن عبيد الله بن أبي مليكة زهير بن جدعان بن عمرو بن كعب =

أن عقبة بن الحارث[١] تزوج ابنـة أبى إهاب[٢] التميمى فجاءت امرأة

= ابن سعد بن تيم بن مرة ، أبو بكر و يقال أبو محمد ، التيمى المكى ، كان قاضيا لابن الزبير و مؤذنا له ، روى عن العبادلة الأربعـة و عبد الله بن جعفر وعبد الله بن السائب المخزومى و المسور بن مخرمة و أبى محذورة و أسماء وعائشة و أم سلمة و عقبة بن الحـارث و طلحة بن عبيد الله - و قيل : لم يسمع منه - و عثمان بن عفان و ذكوان مولى عائشة وحميد بن عبد الرحمن بن عوف والقاسم ابن محمد وعباد بن عبد الله بن الزبير و عروة بن الزبير وعلقمة بن وقاص و عبيد الله ابن أبى يزيد و مات قبله و جماعة ، روى عنه ابنه يحيى و ابن أخته عبد الرحمن بن أبى بكر وعطاء بن أبى رباح وهو من أقرانه وحميد الطويل وعبد العزيز بن رفيع و عمرو بن دينار و أيوب و جرير بن حازم و حبيب بن الشهيد و عبد الله بن عثمان بن خثيم و ابن جريج و عمر بن سعيد بن أبى حسين و أبو هلال الراسبى و الليث ، روى له الستة ، مـات سنة ١٧ ، و يقال : سنة ١٨ و كذا أرخه ابن قانع - من التهذيب . قلت : وكان فى الأصل «عن أبى مليكة» سقط منه لفظ «ابن» بسهو الناسخ ، و فى البقية «ابن أبى مليكة» .

(١) هو عقبة بن الحارث بن عامر بن نوفل . أبو سروعة - بكسر المهملة الأولى - المكى ، أسلم يوم الفتح وحسن إسلامه ، له أحاديث ، تفرد له (خ) بثلاثة ، وعنه إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف و ابن أبى مليكة ، روى له البخارى و أبو داود و الترمذى و النسائى - كذا فى الخلاصة .

(٢) أبو إهاب بن عزيز - بفتح العين - بن قيس بن سويد بن ربيعة بن زيد بن عبد الله بن دارم التميمى الدارمى ، حليف بنى نوفل بن عبد مناف ، قدم أبوه مكة فحالفهم و تزوج منهم فاختة بنت عمرو بن نوفل فأولدها أبا إهاب فتزوج عقبة بن عامر بنته أم يحيى بنت أبى إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت : أرضعتكما - الحديث فى الصحيح ، وذكره جعفر المستغفرى فى الصحابة . وأخرج الفاكهى =

سوداء فأخبرته أنها أرضعتهما جميعا فأتى رسول الله صلى الله عليه و سلم فأخبره بذلك فقال له[1] رسول الله صلى الله عليه و سلم: «كيف و قد قيل[2]» قال محمد: فلو كان هذا حراما لفرق رسول الله صلى الله عليه و سلم

= فى كتاب مكة من طريق سفيان أنه سمع بعض أهل مكة يذكر أن أبا إهاب المذكور أول من صلى عليه فى المسجد الحرام لما مات - اه من الإصابة ٧/١١ - ١٢.
قلت: وكان فى ع، ز، م «ابن أبى إهاب» و الصواب ما فى هـ «أبى إهاب».
(١) سقط لفظ «له» من هـ.

(٢) كذا فى الأصول الثلاثة، و فى م قوله «كيف و قد قيل» مكرر و هو من سهو الناسخ. قلت: هذا الحديث رواه البخارى عن ابن المدينى عن ابن علية عن أيوب السختيانى عن ابن أبى مليكة عن عبيد بن أبى مريم عن عقبة بن الحارث قال: و قد سمعته من عقبة و لكنى لحديث عبيد أحفظ، قال: تزوجت امرأة فجاءتنا امرأة سوداء فقالت: قد أرضعتكما! فأتيت النبى صلى الله عليه و سلم فقلت: تزوجت فلانة بنت فلان فجاءت امرأة سوداء فقالت لى «إنى قد أرضعتكما» و هى كاذبة! فأعرض عنه، فأتيته من قبل وجهه قلت: إنها كاذبة، قال: كيف بها و قد زعمت أنها قد أرضعتكما! دعها عنك؛ و أشار إسمعيل باصبعيه السبابة و الوسطى يحكى أيوب - اه باب شهادة المرضعة من كتاب النكاح ص ٧٦٤. و رواه البيهقى فى سننه الكبرى باب شهادة النساء فى الرضاع من طريق محمد بن كثير عن سفيان الثورى عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبى حسين عن ابن أبى مليكة عن عقبة بن الحارث - الحديث، وفيه: فذكر ذلك له فأعرض و تبسم النبى صلى الله عليه وسلم و قال: وكيف وقد قيل! قال: و رواه البخارى فى الصحيح عن محمد بن كثير، و روى من طريق ابن علية عن أيوب عن ابن أبى مليكة عن عبيد بن أبى مريم عن عقبة - الحديث؛ قال: رواه البخارى فى الصحيح عن على بن عبد الله عن إسمعيل، و رواه من طريق الإمام أحمد عن يحيى بن سعيد =

= عن ابن جريج عن ابن أبى مليكة عن عقبة أنه تزوج أم يحيى بنت أبى إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت: قد أرضعتكما. فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأعرض عنى فتنحيت ثم ذكرته له فقال: كيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما! فنهاه عنها؛ قال: لفظ حديث يحيى بن سعيد رواه البخارى فى الصحيح عن أبى عاصم وعن على بن عبد الله عن يحيى هكذا مدرجا. ورواه من طريق الإمام الشافعى عن عبد المجيد عن ابن جريج عن ابن أبى مليكة عن عقبة نحوه ثم قال: قال الشافعى: إعراضه صلى الله عليه وسلم يشبه أن يكون لم يرها شهادة تلزمه، وقوله «كيف وقد زعمت أنها أرضعتكما» يشبه أن يكون كره له أن يقيم معها وقد قيل له إنها أخته من الرضاعة، وهذا معنى ما قلنا من أن يتركها ورعا لا حكما ـ اهـ ٧/٤٦٣. وأخرجه الدارمى فى باب شهادة المرأة الواحدة على الرضاع من كتاب النكاح ٢/١٥٧ من سننه طبع دمشق: حدثنا أبو عاصم عن ابن جريج عن ابن أبى مليكة قال حدثنى عقبة بن الحارث ـ ثم قال: لم يحدثنيه ولكن سمعته يحدث القوم: تزوجت بنت أبى إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت: إنى أرضعتكما. فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له، فأعرض عنى؛ قال أبو عاصم: قال فى الثالثة أو الرابعة قال «كيف وقد قيل» ونهاه عنها؛ قال أبو عاصم: وقال عمرو بن سعيد بن أبى حسين عن ابن أبى مليكة: «فكيف وقد قيل» ولم يقل: نهاه عنها؛ قال أبو محمد: كذا عندنا ـ اهـ ص ١٥٨. قلت: كذا فى نسخ السنن والصواب «عمر بن سعيد» كما مر، أما «عمرو» فهو تصحيف. وأخرجه الدارقطنى فى سننه ص ٤٩٩ عن أبى بكر النيسابورى عن محمد بن يحيى عن أبى عاصم عن ابن جريج عن ابن أبى مليكة نحو ما رواه البخارى فى كتاب النكاح؛ (قال الدارقطنى) حدثنا أبو بكر النيسابورى نا محمد بن يحيى نا أبو عاصم عن ابن جريج عن ابن أبى مليكة عن عقبة بن الحارث. قال أبو عاصم وأخبرنى عمر بن سعيد وأخبرنى محمد بن سليم وأخبرنى أبو عامر الخزاز؛ وهذا حديث ابن جريج، قال: تزوجت ابنة أبى إهاب ـ وساق الحديث؛ اهـ ص ٥٠٠؛ ورواه الترمذى من =

بينهما، ولكنه أحب أن يتنزه بقوله: «كيف وقد قيل[1]».

= طريق أيوب عن ابن أبي مليكة نحو ما رواه البخارى ثم قال: حديث عقبة حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم، أجازوا شهادة المرأة الواحدة فى الرضاع، وقال ابن عباس: تجوز شهادة امرأة واحدة فى الرضاع وتؤخذ يمينها، وبه يقول أحمد وإسحاق، وقال بعض أهل العلم: لا تجوز شهادة امرأة واحدة فى الرضاع حتى يكون أكثر، وهو قول الشافعى؛ قال الترمذى: سمعت الجارود بن معاذ يقول سمعت وكيعا يقول: لا تجوز شهادة امرأة واحدة فى الرضاع فى الحكم، ويفارقها فى الورع - اه باب ماجاء فى شهادة المرأة الواحدة فى الرضاع ص١٨٥. ورواه أبو داود فى الشهادات ٢ / ١٥١ من طريق حماد بن زيد والحارث بن عمير البصرى وإسمعيل بن علية عن أيوب عن ابن أبي مليكة الحديث نحو الذى رواه البخارى.

(١) قال السرخسى فى شرح الحديث: هذا القدر ذكره محمد، وأهل الحديث يروون «ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما» فهو حجة مالك، وحجتنا فى ذلك حديث عكرمة بن خالد (الآتى بعد ذلك) قال عمر رضى الله عنه: لا يقبل على الرضاع أقل من شاهدين؛ ولأن هذه شهادة تقوم لإبطال الملك ولا تتم الحجة فيه إلا بشاهدين، كالعتق والطلاق، فأما الحديث ففيه إشارة إلى التنزه بقوله «كيف وقد قيل» ولو ثبتت الحرمة بخبرها لما أشار إلى التنزه بهذا اللفظ، والزيادة التى يرويها أهل الحديث لم تثبت عندنا، والدليل على ضعفه ما روى عن عقبة بن الحارث أنه قال: تزوجت بنت أبي إهاب فجاءت امرأة سوداء تستطعمنا فأبينا أن نطعمها فجاءت من الغد تشهد على الرضاع، ومثل هذه الشهادة تكون من ضغن فلا تتم الحجة بها، فأما بيان وجه التنزه بها أن المخبر إذا كان ثقة فالذى يقع فى قلوب السامعين أنه صادق فيه فصحبتها تريبه ومفارقتها لا تريبه، ولو =

محمد قال أخبرنا محمد[1] عن أبي[2] كدينة[3] البجلي عن الحجاج بن

= أمسكها ربما يطعن فيه أحد و يتهمه ، و قال صلى الله عليه و سلم : « من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلا يقفن مواقف التهم » و قال صلى الله عليه و سلم : إياك وما يسبق إلى القلوب إنكاره وإن كان عندك إعتذاره ، فليس كل سامع فكرا تطيق أن توسعه عذرا ؛ ولأن يدع وطأ حلالا خيرله من أن يقدم على وطىء حرام ، ولكن ينبغي له أن يطلقها لأنها منكوحته فى الحكم ، فاذا لم يطلقها لا تقدر على التزوج بغيره فتبقى معلقة ، ثم يعطيها نصف الصداق بعد الطلاق إن لم يكن دخل بها لأنها استوجبت فى الحكم ذلك عليه فلا ينبغي له أن يمنعها بنظره لنفسه ، و المستحب لها أن لا تأخذ شيئا إن كان لم يدخل بها لجواز أن يكون المخبر صادقا و النكاح لم ينعقد بينهما . و إن كان دخل بها فلا بأس بأن تأخذ مقدار مهر مثلها بما استحل من فرجها ، و ينبغي أن لا تأخذ الزيادة على ذلك إلى تمام المسمى ولكن تبريه عن ذلك لأنه حق مستحق لها فى الحكم فلا يسقط إلا باسقاطها ، و لا يبعد أن يندب كل واحد منهما إلى ما قلنا ، كما أن الله تعالى أثبت نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ثم ندب كل واحد من الزوجين إلى العفو ـ اه من شرح المختصر ١٠ / ١٦٩ - ١٧٠ .

(١) قوله « محمد قال أخبرنا محمد » كذا فى الأصول ، ولعل الأول راوى الكتاب ، و إلا فهو مكرر كرره الناسخ ـ و الله أعلم ؛ لأن المؤلف يروى عن أبى كدينة من غير واسطة .

(٢) كذا فى الهندية وهو الصواب ، و فى بقية الأصول « عن ابن أبى » تحريف ، لفظ « ابن » زاده الناسخ سهوا .

(٣) وفى الهندية « كريبة » تصحيف ، و الصواب « كدينة » كما فى بقية الأصول و هو يحيى بن المهلب أبو كدينة البجلى الكوفى من رجال التهذيب ، روى له البخارى و الترمذى و النسائى ، روى عن سليمان التيمى و حصين بن عبد الرحمن =

أرطاة

أرطاة عن عكرمة بن خالد المخزومى[1] قال قال عمر بن الخطاب : لا يقبل[2]

= وقابوس بن أبى ظبيان ومطرف بن طريف وليث بن أبى سليم وسهيل بن أبى صالح وعطاء بن السائب ومغيرة بن مقسم وغيرهم ، وعنه الأسود بن عامر شاذان وأبو أحمد الزبيرى وأبو جعفر محمد بن الصلت وأبو أسامة وأبو نعيم وآخرون ، قال ابن معين وأبو داود والعجلى : ثقة ـ راجع التهذيب ؛ . وكدينة بضم الكاف مصغر ـ كما فى الخلاصة .

(١) قلت : الحجاج بن أرطاة أبو أرطاة النخعى الكوفى ، قاضى البصرة ، أحد الأعلام ، روى عن يحيى بن أبى كثير ولم يسمع منه وعن الشعبى وعطاء وعكرمة . وعنه منصور بن المعتمر شيخه وشعبة وعبد الرزاق وخلق ، قال أبو حاتم : إذا قال « حدثنا » فهو صالح لا يرتاب فى حفظه وصدقه ، قال ابن معين : صدوق يدلس ، روى له الأربعة ومسلم مقرونا بغيره والبخارى فى الأدب المفرد ـ اه من الخلاصة . وأما عكرمة بن خالد فهو ابن العاص بن هشام بن المغيرة المخزومى القرشى ، روى عن أبيه وأبى هريرة وابن عباس وابن عمر وأبى الطفيل ومالك بن أوس وسعيد بن جبير وغير واحد ، قال أبو زرعة : عكرمة بن خالد عن عثمان مرسل ، وقال ابن أبى حاتم : قال أحمد بن حنبل : لم يسمع من عمر وسمع من ابنه ، روى له الستة إلا ابن ماجه ، روى عنه أيوب وابن جريج وعبد الله بن طاوس وعبد الله بن عطاء المكى وحنظلة بن أبى سفيان وعباد بن منصور وقتادة وابن إسحاق وعطاء بن عجلان ومطر الوراق ويونس ابن القاسم الحنفى وحماد بن سلمة وآخرون ، وثقه البخارى ، وقال ابن سعد : كان ثقة ـ من تهذيب التهذيب .

(٢) كذا فى ز . وفى ه « لا تقبل » وفى ع ، م غير منقوط .

على الرضاع أقل من شاهدين[1]. قال محمد: فبهذا نأخذ. فان قال قائل: فمن أين افترق هذا و ما وصفت قبله من الوضوء و الطعام و الشراب؟ قيل له[2]: لا يشبه هذا الوضوء و الطعام و الشراب، لأن الطعام و الشراب و الوضوء يحل بغير ملك بملكه[3] صاحبه. ألا ترى أن رجلا لو قال ٥ لرجل: كل طعامى هذا؛ أو: توضأ بمائى هذا؛ [4]أو: اشرب[4] شرابى هذا؛ وسعه أن يفعل ذلك بغير بيع و لا هبة و لا صدقة.

و لو أن رجلا قال لرجل «طأ جاريتى هذه فقد أذنت لك فى ذلك» أو قالت له امرأة حرة مسلمة «قد أذنت[5] لك فى وطئ» لم يحل له الوطء باذنها حتى يتزوج الحرة أو يشترى الأمة أو توهب له أو يصدق[6] بها عليه. ١٠ أفلا ترى أن الفرج لا يحل له إلا بتزوج[7] أو بملك المملوكة فلا ينقض النكاح و لا الشراء و لا الهبة و لا الصدقة بقول رجل واحد و لا بقول

(١) أخرج البيهقى فى باب شهادة النساء فى الرضاع ٧/٤٦٣ من سننه من طريق سعيد بن منصور نا هشيم أنا ابن أبى ليلى و الحجاج عن عكرمة بن خالد المخزومى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أتى فى امرأة شهدت على رجل و امرأته أنها أرضعتهما، فقال: لا حتى يشهد رجلان أو رجل و امرأتان - اه.

(٢) سقط لفظ «له» من ه.

(٣) و فى ه، م «يملك».

(٤ - ٤) كذا فى الأصول، و فى ه «و اشرب».

(٥) و فى ز «آذنت».

(٦) و فى ه «تصدق» و فى م غير منقوط.

(٧) و فى ه «بزوج» تصحيف.

امرأة واحدة ، فاذا كان النكاح و الملك لا ينقضان بذلك [1] و إنما حل الفرج بهما و لو لا هما ما حل الفرج و الفرج على حاله حتى ينتقض الذى به حل الفرج [1] و لا ينتقض إلا بشهادة رجلين عدلين أو بشهادة رجل و امرأتين فكذلك لا يحرم الفرج إلا بما ينتقض به النكاح و الملك .

و كذلك كل أمر [2] لا يحل [3] إلا بملك أو نكاح فانه لا يحرم بشىء ٥ حتى ينتقض النكاح و الملك ، و لا يكون الرجل الواحد المسلم و لا المرأة فى ذلك حجة ، لأنه إنما حل من وجه الحكم و لا يحرم إلا من الوجه الذى حل به منه .

ألا ترى أن عقدة النكاح و عقدة الملك لا ينقضها فى الحكم إلا رجلان أو رجل و امرأتان ! فان كان الذى يحل بذلك لا يحل إلا به ١٠ لم يحرم حتى ينتقض الذى به حل [4] ، كل أمر يحل بغير نكاح و لا ملك إنما يحل بالإذن فيه فأخبر رجل مسلم ثقة أنه حرام فهو عندنا حجة فى ذلك ؛ و لا ينبغى أن يؤكل و لا يشرب و لا يتوضأ منه .

و لو أن رجلا مسلما اشترى لحما فلما قبضه أخبره رجل مسلم ثقة أنه ذبيحة مجوسى لم ينبغ له أن يأكله و لا يطعمه غيره [5] ، و لا ينبغى له ١٥

(١ - ١) من قوله « و إنما حل ... » ساقط من ه .

(٢) كذا فى الأصول ، و فى ه و المختصر « كل امرأة » .

(٣) كذا فى الأصول ، و فى ه « لا تحل » .

(٤) و فى م « حل به » .

(٥) لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضى الله عنها فى نظيره : أتطعمين ما لا تأكلين ـ قاله السرخسى ص ١٧١ .

أن يرده على صاحبه و لا يستحل منع البائع ثمنه، لأن نقض الملك فيه لا يجوز بقول[1] واحد و منع الثمن لا يجوز بقول واحد، و لا ينبغى له أن ينتقض[2] ملكا و لا يمنع ثمنا بقول رجل واحد. فان قال قائل: كيف كرهت له أكله أو بيعه و إنما حل بالملك كما حلت الجارية بالشراء[3]؟
٥ قيل له: إن حل ملك هذا بالإذن فى أكله و شربه و الوضوء به فليس بالملك حل ذلك منه؛ ألا ترى أن صاحبه لو أذن فى ذلك بغير بيع[4] حل له ما لم يعلم أنه حرام[5]! فلما ملكه كان كأنه أذن له فيه، و لا يشبه هذا ما لا يحل إلا بالنكاح و الملك. ألا ترى أن الذى اشتراه لو قال له رجل مسلم ثقة قبل أن يشتريه إنه ذبيحة مجوسى و قد أذن له صاحبه
١٠ فى أكله لم يحل له أن يأكله، فان اشتراه كان على الحال التى كان عليها قبل الشراء، فلا ينبغى له أن يأكله و لا يطعمه، لأنـــه قد كان مكروها له أن يأكله قبل الشراء و قد أذن له فيه، فكذلك يكره ذلك له بعد ملكه إياه.

و كذلك الميراث و الوصية فى جميع ما وصفت لك بمنزلة الشراء
١٥ و الهبة و الصدقة [6]و الوطئ و الأكل[6] و الشرب و غير ذلك.

---

(١) و فى ز «لقول».
(٢) و فى ه «ينقض».
(٣) و فى ه، م «بالشرى».
(٤) و فى ه «مع» و الصواب «بيع» كما فى بقية الأصول.
(٥) و فى م «ان اكله حرام» و ليس بشىء.
(٦-٦) و فى ه «و الأكل و الوطئ».

و لو

ولو أن رجلا اشترى من رجل طعاما أو اشترى جارية وقبض ذلك أو ورث ذلك[1] ميراثا أو أوصى[2] له به أو وهب[3] له أو تصدق به عليه فأتاه رجل مسلم ثقة فشهد عنده أن هذا لفلان بن فلان غصبه منه البائع أو الميت أو المتصدق أو الواهب، فأحب إلينا أن يتنزه عن أكله وشربه والوضوء منه ولباسه ووطئ الجارية، وإن لم يتنزه عن ٥ شيء من ذلك كان فى سعة[4]، وكان التنزه أفضل.

وكذلك لو أن طعاما أو شرابا أو وضوءا فى يد رجل أذن له فيه صاحبه وأخبره أنه له فقال له رجل آخر مسلم ثقة: إن هذا الذى فى يده[5] هذا الطعام والشراب والوضوء غصبه من رجل وأخذه منه ظلما وإن الذى فى يده ذلك يكذبه ويزعم أنه له، وهو متهم غير ثقة فأحب ١٠ إلينا أن يتنزه عن ذلك الذى أذن له فيه، وإن أكل أو شرب أو توضأ كان فى سعة من ذلك، وإن لم يجد وضوءا غيره فهو فى سعة وإن

---

(١) سقط لفظ «ذلك» من هـ.
(٢) وفى م «أو وصى».
(٣) كذا فى هـ، م؛ وفى ع، ز «وهبت».
(٤) قال السرخسى فى شرح المختصر فى قوله (فهو فى سعة من ذلك): لأن المخبر هنا لم يخبر بحرمة العين، وإنما أخبر أن من تملك من جهته لم يكن مالكا، وهو مكذب فى هذا الخبر شرعا فان الشرع جعل صاحب اليد مالكا باعتبار يده ولهذا لو نازعه فيه غيره كان القول قوله ـ اهـ ص ١٧١. وفى ز «وسعه» مكان «فى سعة».
(٥) سقط لفظ «يده» من هـ.

توضأ ولم يتيمم[١]، ولا يشبه هذا فى الطعام والشراب والوضوء الذى وصفت لك قبله من ذبيحة المجوسى ومن الشراب الذى خالطه الخمر ومن الوضوء الذى خالطه القذر، لأن هذا إنما ذكر الشاهد أنه مغصوب ولم يذكر أنه حرام من قبل نفسه، إنما ذكر أنه حرام لأن الذى كان فى يديه لا يملكه وهو عندنا فى الحكم للذى هو[٢] فى يديه حتى [٣]يقوم شاهدا عدل[٣] أنه لغيره، فاذا حكمنا بأنه للذى فى يده حل أكله وشربه والوضوء منه[٤]، وإن الذى ذكرت لك من ذبيحة المجوسى والشراب إنما أخبر عنه الرجل المسلم الثقة أنه حرم[٥] من قبل نفسه لما خالطه من الحرام، وهذا يبين لك أن ما كان من أمر الدين الواحد فيه حجة، وأخذه الطعام والشراب والوضوء من يدى الذى هو فى يديه حتى يصير لغيره حكم[٦]، ولا ينبغى أن يحكم بشهادة واحد وإن كان عدلا[٧].

---

(١) كذا فى الأصول، ولعل الصواب «فهو فى سعة أن يتوضأ ولم يتيمم». وفى المختصر وشرحه للسرخسى: وإن لم يتنزه كان فى سعة وفى الماء إذا لم يجد وضوءا غيره توضأ به ولم يتيمم) لأن الشرع جعل القول قول ذى اليد فيما فى يده - اهـ ص ١٧٢.

(٢) سقط لفظ «هو» من هـ.

(٣-٣) فى هـ «يقيم شاهدا عدلا».

(٤) سقط لفظ «منه» من هـ.

(٥) وفى هـ «حرام».

(٦) وفى هـ «لغيره حكمه».

(٧) قال السرخسى فى شرح المختصر: بخلاف ما سبق لأن هناك المخبر إنما أخبر=

و لو أن رجلا مسلما شهد عند رجل بأن هذه الجارية التى فى يد فلان المقرة بالرق أمة لفلان غصبها منه ، و الذى فى يده[1] يجحد ذلك

= بملك الغير فى المحل و خبره فى هذا ليس بحجة ، وهناك أخبر بحرمة ثابتة فى المحل لحق الشرع ، و خبر الواحد فيه حجة ، فان قيل : الحل و الحرمة ليس بصفة للمحل حقيقة و إنما هو صفة للفعل الصادر من المخاطب و هو التناول و قد أخبره بحرمة التناول فى الفصلين جميعا ! قلنا : هذا شىء توهمه بعض أصحابنا و هو غلط عظيم فانا لو جعلنا الحرمة صفة للفعل حقيقة ثم توصف العين به مجازا كان مشروعا فى المحل من وجه وذلك ممتنع بعد ثبوت حرمة الأمهات وحرمة الميتة بالنص ، ولكن نقول : الحرمة صفة العين حقيقة باعتبار أنه خرج شرعا من أن يكون محلا للفعل الحلال ، وكذلك حقيقة موجبه النفى و النسخ ، ثم ينتفى الفعل باعتبار انعدام المحل لأن الفعل لا يتصور إلا فى المحل ، كالقتل لا يتصور فى الميت ، وكان هذا إقامة العين مقام الفعل فى أن صفة الحرمة تثبت له حقيقة ، ويتضح ذلك بالتأمل فى مورد الشرع فان الله تعالى فى مال الغير نهى عن الأكل فانه قال تعالى "ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل" الى قوله "لتاكلوا فريقا من اموال الناس بالاثم" فعرفنا أن المحرم هو الأكل ؛ و فى الميتة قال تعالى "حرمت عليكم الميتة" فقد جعل الحرمة صفة للعين ، وكذلك قال "حرمت عليكم امهتكم" و لمعرفة حدود كلام صاحب الشرع يحسن الفقه ، وكذلك من حيث الأحكام من قال لامرأته «انت على كالميتة» كان بمنزلة قوله «أنت علىّ حرام» بخلاف ما لو قال «انت علىّ كمتاع فلان» ؛ فاذا تقرر هذا قلنا : الحرمة الثابتة صفة العين محض حق الشرع فتثبت بخبر الواحد و لهذا لا يسقط إلا باذن الشرع ، و حرمة التناول فى طعام الغير ثابتة لحق الغير و لهذا يسقط باذنه ، و حق الغير لا يثبت بخبر الواحد فلا تثبت الحرمة أيضا ـ اهـ ص ١٧٢ .

(١) و فى ز «والذى هى فى يده» .

و هو غير مأمون على ما ذكر منه فأحب إلىّ أن لا يشتريها ، و إن[1] اشتراها و وطئها فهو فى سعة من ذلك .

و لو أخبره بأنها[2] حرة الأصل حرة الأبوين أو أنها كانت أمة لفلان الذى فى يده فأعتقها ، و الذى أخبره[3] بذلك رجل مسلم ثقة فأحب
٥ إلىّ له أن يتنزه عن ذلك و لا يشتريها و لا يطأها ، فان اشتراها و وطئها فهو فى سعة من ذلك إلا أنه أحب إلىّ أن لا يفعل . فان قال قائل: كيف جاز هذا و قد وصف الشاهد أنها حرمت من قبل نفسها[4] ؟ قيل[5] : فكيف لم يشبه هذا الطعام و الشراب و الوضوء الذى حرم من قبل نفسه ؟ قيل له[6] : إنما هذا بمنزلة النكاح الذى يشهد[7] فيه بالرضاع
١٠ لأنه لا يحل الوطئ إلا بملك ، و لا يشبه هذا الطعام و الشراب و الوضوء الذى يحل بالإذن فيه دون الملك الذى حرم من قبل نفسه[8] .

(١) و فى هـ « و اذا » .
(٢) سقط حرف « بأنها » من هـ .
(٣) و فى هـ « أخبر » .
(٤) و فى هـ « تعينها » تصحيف ، و الصواب « نفسها » كما فى بقية الأصول ، قلت : و الظاهر أن جواب هذا السؤال ساقط من الأصول .
(٥) كذا فى الأصول ، و لعل لفظ « فان » قيل « قيل » ساقط من الأصول لأن هذا سؤال يأتى جوابه بقوله « قيل له » بعد - و الله أعلم .
(٦) و فى م « قيل » .
(٧) و فى هـ « شهد » .
(٨) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٧٢ : (و لو أخبره أنها حرة الأصل =

باب الرجل يبيع جاريته ويعلم المشترى أنها أمة لفلان

قال محمد: إذا كانت الجارية لرجل فأخذها رجل آخر فأراد بيعها[١] فليس ينبغى لمن علم أنها كانت لذلك الرجل أن يشتريها حتى يعلم أنها قد خرجت من ملكه إلى الذى هى فى يديه[٢] بشراء أو هبة أو صدقة أو يعلم أنه قد وكله ببيعها[٣]، وإذا علم ذلك فلا بأس بأن يشتريها منه. ٥

فان قال الذى هى فى يده: إنى قد اشتريتها أو وهبتها أو تصدق بها على[٤] أو وكلنى ببيعها؛ فان كان الرجل القائل[٥] ذلك عدلا مسلما ثقة

= أو أنها كانت أمة لهذا الذى فى يده فأعتقها، وهو مسلم ثقة فهذا والأول سواء) لما بينا أن المخبر مكذب شرعا وأن تصادقهما على أنها مملوكة لذى اليد حجة شرعا فى إثبات الملك له فللمشترى أن يعتمد الحجة الشرعية، والتنزه أفضل له؛ فان قيل: فى هذا الموضع أخبر بحرمة المحل حين زعم أنها معتقة أو حرة فلو جعلت هذا نظير ما سبق! قلنا: لا كذلك لحرمة المحل هنا لعدم الملك ثابت بدليل شرعى ومع ثبوت الملك لا حرمة فى المحل؛ وفى الكتاب قال (وهذا بمنزلة النكاح الذى يشهد فيه بالرضاع) وهو إشارة إلى ما قلنا إن حل الوطء لا يكون إلا بملك، والملك المحكوم به شرعا لا يبطل بخبر الواحد، فكذلك ما ينبنى عليه من الحل - اه ص ١٧٣.

(١) وفى هـ «يبيعها» تصحيف.

(٢) وفى م «يده».

(٣) وفى ز «بيعها».

(٤) كذا فى ز وكذا فى المختصر، وفى بقية الأصول «على بها».

(٥) وفى هـ «القذيل» تصحيف.

فلا بأس بأن يصدقه بذلك و يشتريها[1] منه .

[2]وكذلك إن كان أراد أن يهبها له أو يتصدق بها عليه فلا بأس بأن يقبلها منه[2]؛ فاذا اشتراها حل له وطؤها إن أحب .

وكذلك إن كان الذى أتاه به طعاما أو شرابا أو ثيابا قد علم أنها كانت لغيره فأخبره ببعض ما وصفت فلا بأس بأخذ ذلك منه و أكله و شربه . فان كان الذى أتاه به غير ثقة فانه ينظر فى ذلك فان كان أكبر[3] رأيه أنه صادق فيما قال فلا بأس أيضا بشراء ذلك و وطئ الجارية و أكل ذلك و شربه و لباسه و قبوله [4]منه بالهبة و الصدقة، و إن كان أكبر رأيه و ظنه أنه كاذب فيما قال فليس ينبغى له أن يعرض[4] لشىء من ذلك .

وكذلك لو لم يعلم أن ذلك [5]الشىء الذى[5] هو فى يده حتى أخبره [6]الذى فى يده[6] بأنه لغيره و أنه وكله[7] ببيعه أو وهب له أو تصدق به

(١) و فى المختصر و شرحه للسرخسى : (فان كان ثقة فلا بأس بأن يصدقه على ذلك و يشتريها منه و يطأها) لأنه أخبر بخبر مستقيم صالح فيكون خبره محمولا على الصدق ما لم يعارضه مانع يمنع من ذلك، و المعارض إنكار الأول، ولم يوجد، و لو كلفناه الرجوع إلى الأول ليسأله كان فى ذلك نوع حرج لجواز أن يكون غائبا أو مختفيا ـ اه ص ١٧٣ .

(٢-٢) من قوله « وكذلك ان كان أراد ...» ساقط من ه .

(٣) و فى م « اكثر » .

(٤-٤) من قوله « منه بالهبة ... » ساقط من م .

(٥-٥) و فى ه « الشىء لغير الذى » .

(٦-٦) و فى ه « الذى هو فى يده » .

(٧) و فى م « انه قد وكله » .

عليه أو اشتراه منه ، فان كان عدلا مسلما ثقة صدقه بما قال . و إن كان عنده غير ثقة فان كان أكبر[1] رأيه و ظنه أنه صادق فيما قال فلا بأس بالقبول فى ذلك منه و شراه ، و إن كان [2]أكبر رأيه[2] أنه كاذب فيما قال لم يقبل ذلك منه و لم يشتر شيئا من ذلك منه[3] .

و إن كان لم يخبره أن ذلك الشيء لغيره فلا بأس بشراء ذلك منه و إن كان غير ثقة و قبوله منه ما لم يعلم الذى اشتراه أو قيل له إنه لغيره ، إلا أن يكون مثله [4]لا يملك مثل ذلك[4] و لا يكون له[5] فأحب

(١) و فى م « اكثر » .

(٢-٢) و فى م « اكثر ظنه » .

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى : (و إن كان غير ثقة إلا أن أكبر رأيه فيه أنه صادق فكذلك أيضا) لما بينا أن فى المعاملات لايمكن اعتبار العدالة فى كل خبر لمعنى الحرج و الضرورة لأن الخبر غير ملزم إياه شرعا ، مع أن أكبر الرأى إذا انضم إلى خبر الفاسق تأيد ، و قد بينا نظيره فى الأخبار الدينية ، فههنا أولى (و إن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم ينبغ له أن يتعرض لشيء من ذلك) لأن أكبر الرأى فيما لا يوقف على حقيقته كاليقين ، ولو تيقن بكذبه لم يحل له أن يعتمد خبره ، فكذلك إذ كان أكبر رأيه فى ذلك ، والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لوابصة بن معبد رضى الله عنه : « ضع يدك على صدرك واستفت قلبك فيما حاك فى صدرك فهو السالم و إن أفتاك الناس به » و قال صلى الله عليه وسلم : « الإثم حزاز القلوب » أى على المرء أن يترك ما حز فى قلبه تحرزا عن الإثم - اه ص ١٧٣ .

(٤-٤) و فى ز « لا يملك ذلك » .

(٥) و ذلك كدرة يراها فى يد فقير لا يملك شيئا أو رأى كتابا فى يد جاهل و لم يكن فى آبائه من هو أهل لذلك فالذى سبق إلى قلب كل أحد أنه سارق =

إلى أن يتنزه عن ذلك[1] و لا يعرض له بالشراء و لا قبول صدقة و لا هبة، فان اشترى و قبل و هو لا يعلم أنه لغيره و أخبره أنه له رجوت أنه فى سعة من شراه و قبوله، و التنزه أفضل[2].

و إن كان الذى أتاه بذلك رجلا حرا أو امرأة حرة فهو بمنزلة ٥ ما ذكرت لك فى جميع ما ذكرت لك، و إن كان الذى[3] أتاه[4] عبدا أو أمة فليس ينبغى له أن يشترى منه شيئا و لا يقبل منه هبة و لا صدقة حتى يسأله عن ذلك، و إن ذكر له أن مولاه قد أذن له فى بيعه و فى صدقته و فى هبته فان كان ثقة مأمونا فلا بأس بأن يشترى ذلك منه و قبوله، فان كان غير ذلك فهو على ما وقع فى قلبه من تصديقه ١٠ و تكذيبه إن كان أكبر[5] ظنه أنه صادق فيما قال صدقه بقوله، و إن كان أكبر[5] ظنه أنه كاذب بما قال لم ينبغ له أن يعرض فى شىء من ذلك[6].

= لذلك العين فكان التنزه عن شرائه منه أفضل - اه ص ١٧٤ .

(١) سقط قوله « عن ذلك » من م .

(٢) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (و إن اشترى أو قبل و هو لا يعلم أنه لغيره رجوت أن يكون فى سعة من ذلك) لأنه يزعم أنه ملكه، و القول قوله شرعا، فالمشترى منه يعتمد دليلا شرعيا، و ذلك واسع له، إلا أنه مع هذا لم يبت الجواب و علقه بالرجاء لما ظهر من عمل الناس و لما سبق إلى وهم كل أحد أن مثله لا يكون مالكا لهذه العين - اه ص ١٧٤ .

(٣) سقط لفظ « الذى » من هـ .

(٤) و فى م « اتاه بذلك » .

(٥) و فى هـ، م « اكبر » .

(٦) و كذلك إن كان لا رأى له فيما قال، لأن الحاجز له عن التصرف ظاهر=

و كذلك

و كذلك الغلام الذى لم يبلغ و الجارية التى لم تبلغ حرا كان أو مملوكا فانه ينظر فيما أتاه من ذلك و فيما أخبره هل أذن له فى بيعه و صدقته و هبته و شراه[1] فان كان أكبر[2] رأيه أنه صادق فيما قال صدقه و باعه و اشترى منه و قبل هبته و صدقته[3]، و إن كان أكبر[2] رأيه أنه[4] كاذب فيما قال لم ينبغ له أن يقبل من ذلك شيئا. و إنما يصدق الصغير و الصغيرة من الأحرار إذا قالا[5]: بعث بها إليك فلان[6] و أمرنا أن نتصدق به[7] عليك أو نهبه لك[8]؛ فان قالا: المال مالنا

= فلا يكون له أن يتصرف معه بمجرد خبره ما لم يترجح جانب الصدق فيه بنوع دليل، و لم يوجد ذلك - اه كذا قال السرخسى فى شرح المختصر ص ١٧٤.

(١) و فى ز «شرائه».

(٢) وفى م «اكثر».

(٣) و هذا للعادة الظاهرة فى بعث الهدايا على أيدى المماليك و الصبيان، و فى التورع عنه من الحرج ما لا يخفى - كذا قال السرخسى فى شرح المختصر.

(٤) سقط لفظ «انه» من ه.

(٥) و فى ه «قال».

(٦) و فى ه «فلان إليك».

(٧) و فى ه «بها» مكان «به».

(٨) قال السرخسى: و كان شيخنا الإمام (أى الحلوانى) يقول: الصبى إذا أتى بقالا بفلوس يشترى منه شيئا و أخبره أن أمه أمرته بذلك، فان طلب الصابون و نحوه فلا بأس ببيعه منه، و إن طلب الزبيب و ما يأكله الصبيان عادة فينبغى له أن لا يبيعه لأن الظاهر أنه كاذب فيما يقول و قد عثر على فلوس أمه فيريد أن يشترى بها حاجة نفسه - اه ص ١٧٥.

قد أذن لنا أبونا أن نتصدق به عليك أو نهبه لك[١]؛ لم ينبغ له أن يأخذه لأن أمر الوالد عليهما فى هذا لا يجوز[٢]. ألا ترى أن جارية لرجل أو غلاما صغيرا أو كبيرا لو أتيا رجلا بهدية فقالا له « بعث بهذه إليك مولانا » نظر فيما أتيا به فان كان أكبر[٣] رأيه أنهما قد صدقا صدقهما بما قالا، ٥ وإن كان أكبر[٣] رأيه أنهما كذبا فيما قالا لم يقبل من ذلك شيئا، وإنما هذا على ما يقع فى القلب من التصديق والتكذيب. أو لا ترى أن[٤] رجلا محتاجا لو أتاه عبد أو أمة لرجل صغيرين أو كبيرين بدراهم فقالا له « إن مولانا بعث به إليك صدقة» نظر فيما أتيا به فان وقع فى قلبه أنهما صادقان وكان على ذلك أكبر[٣] ظنه فلا بأس بقبول ذلك، وإن كان ١٠ أكبر[٣] ظنه أنهما كاذبان لم يقبل من ذلك شيئا! فانما هذا ونحوه على ما يقع فى القلوب من التصديق والتكذيب.

ولو أن رجلا علم أن جارية لرجل يدعيها فرآها فى يد رجل يبيعها فقال « إنى قد علمت أنها كانت لفلان يدعيها وهى فى يديه[٥] »، فقال الذى

(١) من قوله « فان قالا » س ٧ ص ١٢٣ ساقط من ه.

(٢) لأنه ليس للأب ولاية الإذن بهذا التصرف لولده. بخلاف ما إذا قال: أبى بعثه إليك على يدى صدقة أو هبة؛ لأن للأب هذه الولاية فى مال نفسه فكان ما أخبره مستقيما - اه ما قال السرخسى فى شرح هذه المسألة ص ٧٥.

(٣) وفى م « اكثر ».

(٤) كذا فى ز، م، ه؛ وفى الأصل « لو أن » وليس بصواب لأن كلمة « لو » تأتى بعد.

(٥) وفى م « يده ».

فى يده « قد كانت كما ذكرت فى يديه يدعيها أنها له و كانت مقرة له بالرق و لكنها كانت لى و إنما أمرتها بذلك لأمر خفته[1] » و صدقته الجارية بما[2] قال و الرجل ثقة مسلم فلا بأس بشرائها منه[3]، و إن كان عنده كاذبا فيما قال لم ينبغ له أن يشتريها منه و لا يقبضها صدقة ولا هبة[4]؛ و لو لم يقل[5] له هذا القول الذى وصفت لك و لكنه قال ٥ « ظلمنى و غصبنى فأخذتها منه » لم ينبغ[6] له أن يعرض لها بشرى[7] و لا هبة و لا صدقة و إن كان الذى أخبره بذلك ثقة أو غير ثقة[8]؛ و إن

---

(١) و فى ه « حقته » تصحيف .

(٢) و فى ه « فيما » مكان « بما » .

(٣) لأنه أخبر بخبر مستقيم محتمل ، و لو كان ما أخبر به معلوما للسامع كان له أن يشتريها منه ، فكذلك إذا أخبره بذلك و لا منازع له فيه - قاله السرخسى فى شرحه ص ١٧٥ .

(٤) و فى م « او هبة » .

(٥) و فى ه « لم تقبل » تصحيف .

(٦) و فى م « و لم ينبغ » تحريف .

(٧) كذا فى الأصل و كذا فى ز؛ و فى ه ، م « شرى » .

(٨) و فى المختصر و شرحه للسرخسى (و إن كان فى رأيه أنه كاذب لم ينبغ له أن يشتريها ولا يقبلها) لأنه ثبت عنده أنها مملوكة للأول ، فان إقرار ذى اليد بأن الأول كان يدعى أنها مملوكته حين كانت فى يده يثبت الملك له ، وكذلك سماع هذا الرجل منه أنها له دليل فى حق إثبات الملك له ، و الذى أخبره المخبر بخلاف ذلك لم يثبت عنده حين كان فى أكبر رأيه أنه كاذب فى ذلك ؛ (و لو لم يقل هذا و لكنه قال : ظلمنى وغصبنى و أخذتها منه ، لم ينبغ له أن يتعرض لشراء =

قال له « إنه كان ظلمنى و غصبنى ثم إنه رجع عن ظلمه فأقرّ بها لى و دفعها إلىّ » فان كان عنده ثقة مأمونا فلا بأس بأن يقبل قوله و يشتريها إن أحب و يقبلها هبة أو صدقة [1] ، و إن قال [2] « لم يقر بها لى و لكن خاصمته إلى القاضى فأقمت عليه بينة فقضى القاضى عليه بذلك لى ، أو : استحلفته [3] فأبى [4] اليمين فقضى عليه بها » فهذا و الأول سواء ، إن كان عنده ثقة ٥

= ولا قبول إن كان المخبر ثقة أو غير ثقة) والفرق من وجهين: أحدهما أنه أخبر هناك بخبر مستنكر فان الظلم و الغصب مما يمنع كل أحد عنه عقله و دينه فلم يثبت له بخبره غصب ذلك الرجل، بقى قوله « أخذتها منه » وهذا أخذ بطريق العدوان ، ألا ترى أن القاضى لو عاين ذلك منه أمره برده عليه حتى يثبت ما يدعيه ، و إذا سقط اعتبار يده بقى دعواه الملك فيما ليس فى يده و ذلك لا يطلق الشراء منه ، و فى الأول أخبره بخبر مستقيم كما قررنا فان دينه و عقله لا يمنعه من التلجئة عند الخوف ، و الثانى أن خبر الواحد عند المسالمة حجة ، و عند المنازعة لا يكون حجة لأنه يحتاج فيه إلى الإلزام و ذلك لا يثبت بخبر الواحد . و فى الفصل الثانى أخبر عن حال المنازعة بينهما فى غصب الأول منه واسترداد هذا فلا يكون خبره حجة ، و فى الأول أخبر عن حال مسالمة و مواضعة كان بينهما فيعتمد خبره إن كان ثقة - اه ما قاله السرخسى ص ١٧٥ .

(١) لأنه أخبر عن مسالمة و هو إقرار له بها و دفعها إليه ، ولأن القاضى لو عاين ما أخبره به قضى بالملك له فيجوز للسامع أن يعتمد خبره إن كان ثقة ، و فى الأول لو عاين القاضى أخذها منه قهرا أو أمره بالرد و لم يلتفت إلى قوله « كان غصبنى » - اه ما قاله السرخسى فى شرح المختصر ص ١٧٦ .

(٢) فى ه « كان » مكان « قال » تصحيف .

(٣) كذا فى الأصل ؛ و فى ه ، م ، ز « استحلفه » .

(٤) و فى ه « فأى » .

مأمونا

مأمونا صدقه بما قال[1] ، و إن كان عنده غير ثقة و كان أكبر[2] رأيه أنه صادق فلا بأس بشرائها منه . و إن كان أكبر[2] رأيه أنه كاذب لم ينبغ له أن يشتريها منه[3] .

و كذلك لو قال « قضى لى القاضى عليه و أمرنى فأخذتها من منزله[4] » أو قال « قضى بها القاضى عليه فأجبره[5] فأخذها منه و دفعها ٥ إلى » لم أر بأسا أن يصدقه إن كان ثقة مأمونا بها ، و إن كان غير ثقة و وقع فى قلبه أنه صادق فلا بأس أيضا بشرائها منه . فان قال « قضى لى القاضى فأخذتها من منزله بغير إذنه » فهذا و الأول سواء[6] .

---

(١) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (و كذلك إن قال : خاصمته إلى القاضى فقضى لى بها ببينة أقمتها عليه بنكوله عن اليمين) لأنه أخبره بخبر مستقيم و هو إثباته ملك نفسه بالحجة ثم الأخذ لقضاء القاضى. و ذلك أقوى من الأخذ بتسليم من كان فى يده إليه بعد إقراره له بها - اه ص ١٧٦ .

(٢) و فى م « اكثر » .

(٣) لأن أكبر الرأى فى هذا كاليقين - قاله السرخسى فى شرح المختصر ص ١٧٦ .

(٤) و فى ه « مقوله » تصحيف .

(٥) و فى ع ، م ، ز « و اخبر » و فى ه « فأخبره » و الصواب « فأجبره » .

(٦) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (و إن قال : قضى لى بها القاضى وأخذها منه فدفعها إلى ، أو قال : قضى لى بها و أخذتها من منزله بإذنه أو بغير إذنه ، فهذا و ما سبق سواء) لأنه أخبر أن أخذه كان بقضاء القاضى أو أن القاضى دفعها إلى ، و هذا خبر مستقيم صالح ، و هو بمنزلة حالة المسالمة معنى لأن كل ذى دين يكون مستسلما لقضاء القاضى - اه ص ١٧٦ .

و إن قال «قضى لى بها القاضى فجحدنى قضاءه[1] فأخذتها منه»
لم ينبغ له أن يشتريها منه، و إنما هذا بمنزلة قوله «اشتريتها منه و نقدته
ثمنها ثم أخذتها بغير أمره من منزله» فلا بأس بشرائها منه إذا كان
عنده صادقا فى قوله.

٥ فان قال «اشتريتها منه و نقدته الثمن فجحدنى الشراء فأخذتها من
منزله بغير أمره» فهذا لا ينبغى له أن يشتريها منه، فصار الشراء الذى
ادعى فى هذا الوجه بمنزلة ادعائه قضاء القاضى فى جحوده القضاء
و غير جحوده[2].

و لو قال «اشتريتها من فلان و قبضتها بأمره و نقدته الثمن» و كان
١٠ عنده الذى قال له ذلك ثقة مأمونا فقال له رجل آخر: إن فلانا
قد جحد هذا الشراء، و زعم أنه لم يبع هذا شيئا و الذى قال له أيضا
ثقة مأمون[3] لم ينبغ له[4] أن يعرض لشىء منهما بشراء و لا صدقة

---

(١) و فى ه «قضاء» و كذلك هو فى شرح المختصر.

(٢) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (و إن قال: قضى لى بها فجحدنى قضاه فأخذتها منه، لم ينبغ له أن يشتريها منه) لأنه لما جحد القضاء فقد جاءت المنازعة فانما أخبر بالأخذ فى حالة المنازعة، و خبر الواحد فى هذا لا يكون حجة لما فيه من الإلزام، و لأن القضاء سبب مطلق للأخذ له كالشراء (و لو قال: اشتريتها و نقدته الثمن ثم جحدنى الشراء فأخذتها منه، لم يجز له أن يعتمد خبره، و كذلك إذا قال: جحدنى القضاء) و هذا لأن الشرع جعل القول قول الجاحد فيكون سبب استحقاقه عند جحوده الآخر كالمعدوم ما لم يثبته بالبينة يبقى قوله: أخذتها منه - اه ص ١٧٦.

(٣) من قوله س ١٠ «فقال له رجل» ساقط من ه.

(٤) كلمة «له» ساقطة من ه.

ولا هبة ولا هدية[1] فان كان الذى أخبره الخبر الثانى غير ثقة [إلا أنه[2]] قد وقع فى قلبه أنه صادق على ذلك أكبر[3] ظنه لم ينبغ له أيضا أن يقبلها منه بهبة ولا صدقة ولا شراء ولا غير ذلك، فان كان الذى أخبره الخبر[4] الثانى ليس بثقة وكان أكبر[3] رأيه أنه كاذب فيما قال فلا بأس بشرائها منه وقبوله منه الصدقة والهبة والهدية، فان كانا جميعا غير ثقة ٥ إلا أنه يصدق القائل الثانى بقوله وعلى ذلك أكبر[3] رأيه لم يقبل ذلك منه شيئا، لأن هذا شيء من أمر الدين[5] وعليه أمور الناس. فان قال قائل: لا يقبل هذا إلا بشاهدين عدلين سوى المشترى الذى فى يده الجارية ضاق[6] ذلك على المسلمين[7]. ألا ترى لو أن رجلا كانت فى يده

---

(١) لأن الأول لو أخبر أنه جحد الشراء لم يكن له أن يشتريها، فكذلك إذا أخبره غيره، وهذا لأن المعارضة تحققت بين الخبرين فى الأمر بالقبض وعدم الأمر والجحود والإقرار فالأصل فيه الجحود - اه ما قاله السرخسى فى شرحه ص ١٧٦.

(٢) كذا فى المختصر وشرحه، سقط قوله «إلا أنه» من الأصول.

(٣) وفى م «اكثر».

(٤) سقط لفظ «الخبر» من ز.

(٥) وفى م «من أمور الدين».

(٦) وفى ه «صادق» تحريف.

(٧) وفى المختصر وشرحه للسرخسى: (وإن كانا جميعا غير ثقة وأكبر رأيه أن الثانى صادق لم يتعرض لشيء من ذلك) بمنزلة ما لو كان الثانى ثقة، وفى الكتاب قال (لأن هذا من أمر الدين وعليه أمور الناس) وهو إشارة إلى أن=

جوارى و طعام و ثياب و قال « أنا مضارب فلان دفع إلىّ مالا و أذن لى أن أشترى ما أردت فاشتريت به هؤلاء الجوارى و هذا الطعام و هذا المتاع» أنه لا بأس بشرى ذلك[1] منه و وطئ الجارية ! أرأيت رجلا أقر أنه مفاوض[2] لفلان الغائب و أن جميع ما فى يده من الرقيق
٥ بينه و بين فلان أفما[3] ينبغى للرجل من المسلمين أن[4] يشترى منه جارية يطأها أو غلاما يستخدمه ! هذا لا بأس به ، و على هذا[5] أمر الناس .
أرأيت عبدا أتى أفقا من هذه الآفاق فذكر أن مولاه أذن له فى التجارة أما يحل لأحد أن يشترى منه شيئا و لا يبيع منه شيئا حتى يعلم أن مولاه قد أذن له فى التجارة ؟ فهذا ضيق لا ينبغى أن يعمل فى هذا بما يعمل
١٠ فى الأحكام .

= كل ذى دين معتقد لما هو من أمور الدين فتتم الحجة بخبر الثقة لوجود الالتزام من السامع اعتقادا أو التعامل الظاهر بين الناس اعتماد هذه الأخبار (و لو لم يعمل فى مثل هذا إلا بشاهدين لضاق الأمر على الناس) فلدفع الحرج يعتمد فيه خبر الواحد ، كما جعل الشرع شهادة المرأة الواحدة فيما لا يطلع عليه الرجال حجة تامة لدفع الضيق و الحرج ـ اهـ ص ١٧٧ .

(١) و فى ز « بشراء ذلك » .

(٢) و فى هـ « مقارض » تصحيف .

(٣) و فى هـ « إنما » تصحيف .

(٤) كذا فى الأصول سوى ع ، و فيه « لمن » مكان « أن » تحريف .

(٥) سقط لفظ « هذا » من هـ .

قال

قال محمد: وكذلك سمعت أبا حنيفة يقول في العبد المأذون له في التجارة، و لو أن الناس أخذوا في هذا و شبهه بما يؤخذ به في الأحكام فقالوا: لا نجيز[1] من هذا شيئا إلا ما يجوز في الأحكام بشاهدى عدل سوى ذلك الذى في يده؛ ضاق هذا على الناس، ولم يشتر رجل شيئا من مضارب و لا من شريك و لا من وكيل حتى يشهد شاهدا عدل ٥ بالشركة و المضاربة و الوكالة، و لم ينبغ له أن يقبل جائزة من ذى سلطان و لا هدية من أخ و لا من ولد و لا من ذى رحم محرم حتى يشهد عنده[2] بذلك شاهدا عدل على مقالة الواهب و المجيز و المتصدق! و هذا قبيح ضيق ليس عليه أمر الناس.

محمد قال أخبرنا أبو حنيفة عن الهيثم[3] أن عاملا لعلى بن أبى طالب ١٠ رضى الله عنه أهدى إليه جارية فسألها: أ فارغة أنت أم مشغولة؟ فأخبرته

---

(١) و في ه «لا تختر» تصحيف، والصواب «لا نجيز».

(٢) و في ه «غيره» تصحيف.

(٣) هو الهيثم بن حبيب، و هو الهيثم بن أبى الهيثم الصيرفي الكوفي، روى عن عكرمة و عون بن أبى جحيفة و عاصم بن ضمرة و حماد بن أبى سليمان و محارب ابن دثار والحكم بن عتيبة، وعنه أبوحنيفة وزيد بن أبى أنيسة و المسعودى وشعبة و حفص بن أبى داود وأبوعوانة، قال إسحاق بن منصور عن ابن معين: الهيثم ابن حبيب الصراف ثقة - كذا في تهذيب التهذيب. بهامش الكتاب: ذكره عبد الغنى و لم يذكر من أخرج له، قال المزى: يشبه أن يكون له في المراسيل؛ ويرقم له «صد» - اه من التقريب. قلت: روى عنه إمامنا الأعظم آثارا كثيرة في كتاب الآثار و غيره.

أن لها زوجا ، فكتب إلى عامله : إنك بعثت إلى بها مشغولة[١] ! أفترى أن[٢] على بن أبى طالب حين أتته الجارية كان مع الرسول شاهدان يشهدان[٣] أن فلانا عاملك أهداها إليك وقد سألها أيضا : أفارغة أنت أم مشغولة ؟ فلما أخبرته أن لها زوجا صدقها بذلك وكف عنها فلم يسألها غير ذلك ، إلا أنها لو أخبرته أنها فارغة لم ير به بأسا بوطئها ، فهذا الأمر عندنا فى قوله لها ، ولو لم تكن عنده مصدقة فى ذلك أى القولين قالته لم يسالها عن شئ منه . وإن كان أكبر[٤] الرأى والظن ليجوز فيما[٥] هو أكبر[٦] من ذلك من الفروج وسفك الدماء[٧] .

(١) قلت : وأخرجه الإمام محمد فى « باب الأمة تباع أو توهب ولها زوج » من آثاره ص ٨١ : أخبرنا أبو حنيفة عن الهيثم قال : أهدى إلى على بن أبى طالب رضى الله عنه جارية لها زوج فكتب إلى صاحبها : بعثت إلى جارية مشغولة .

(٢) سقط لفظ « أن » من ز .

(٣) سقط لفظ « يشهدان » من هـ .

(٤) وفى م « اكثر » .

(٥) وفى هـ « فيها » تصحيف

(٦) وفى هـ ، م « اكثر » .

(٧) قال السرخسى فى شرح المختصر ناقلا متن كتاب الأصل : قال (وأكبر الرأى والظن يجوز للعمل فيما هو أكبر من هذا كالفروج وسفك الدماء) فان من تزوج امرأة ولم يرها فأدخلها عليه إنسان وأخبره أنها امرأته وسعه أن يعتمد خبره إذا كان ثقة أو كان فى أكبر رأيه أنه صادق فيغشاها ـ اهـ ص ١٧٧ .

باب الرجل يدخل بيته إنسان[1] بسلاح

و لو أن رجلا دخل على رجل منزله و معه السيف فلا يدرى صاحب المنزل ما حاله أ هارب هو من اللصوص فألجأوه إلى منزله أو لص دخل عليه [2] ليأخذ ماله و يقتله[2] إن منعه أو معتوه دخل عليه بسيفه؟ يظن[3] فى ذلك ، فان كان أكبر[4] رأيه أنه لص دخل عليه يريد ماله و نفسه[5] و خاف إن زجره أو صاح أن يبادره الضربة فيقتله فلا بأس أن يشد عليه صاحب البيت بالسيف فيقتله ، و إن كان أكبر[4] رأيه أنه[6] هرب من قوم أرادوا قتله و عرف الرجل فاذا هو[7] رجل من أهل الخير لا يتهم بسرقة و لا قتل لم ينبغ له أن يقتله و لا يعجل على هذا بسفك دمه ، بل يدعه[8] على ما يقع عليه رأيه و ظنه عرفه أو لم يعرفه[9] .

(١) سقط لفظ « انسان » من هـ .

(٢ - ٢) و فى هـ « يريد » مكان « ليأخذ » و فى م « ليقتله و يأخذ ماله » .

(٣) و فى م هـ « فظن » .

(٤) و فى م « اكثر » .

(٥) و فى م « أو نفسه » .

(٦) و فى هـ « ان » مكان « انه » تصحيف .

(٧) سقط لفظ « هو » من هـ .

(٨) و فى هـ « يدرعه » تحريف .

(٩) قال السرخسى فى شرح المختصر : إنما أورد هذا لإيضاح ما تقدم أن =

وإذا كانت الجارية فى يد رجل يدعى أنه اشتراها وهو ثقة مسلم[1] [2]وسع الرجل[2] أن يشتريها منه[3] ويقبلها منه هدية وغير ذلك، وإن كان غير ثقة فوقع فى قلبه أنه صادق فلا بأس بأن يصدقه[4].

وكذلك لو لم تكن الجارية فى يده ولكنها كانت فى منزل مولاها فقال ٥ له «إن مولاها أمرنى ببيعها ودفعها إلى من اشتراها» فلا بأس بشرائها منه وقبضها من منزل مولاها بأمر الذى باعها أو بغير أمره إذا أوفى الثمن كله إذا كان الذى باعه ثقة مسلما أو كان عنده على غير ذلك وهو عنده صادق فى رأيه وظنه[5]، فان وقع فى قلبه أنه كاذب قبل أن

= أهم الأمور الدماء والفرج، فان الغلط إذا وقع فيهما لا يمكن التدارك، ثم جاز العمل فيهما بأكبر الرأى عند الحاجة ففيما دون ذلك أولى، وإنما يتوصل إلى أكبر الرأى فى حق الداخل عليه بأن يحكم رأيه وهيئته، فان كان قد عرفه قبل ذلك بالجلوس مع أهل الخير فيستدل به على أنه هارب من اللصوص، وإن عرفه بالجلوس مع السراق استدل عليه أنه سارق - اه ص ١٧٧.

(١) وفى م «وهو رجل مسلم».

(٢ - ٢) وفى ه «ينبغ للرجل» تصحيف.

(٣) لفظ «منه» ساقط من م.

(٤) لم تذكر هذه المسألة فى المختصر ولا فى شرحه.

(٥) لأن الجارية لو كانت فى يده جاز شراؤها منه لا باعتبار يده بل باخباره أنه وكيل بالبيع، فان هذا خبر مستقيم صالح، وهذا موجود وإن لم تكن فى يده، وبعد صحة الشراء له أن يقبضها إذا أوفى الثمن من غير أن يحتاج الى إذن أحد فى ذلك - اه ما قاله السرخسى فى شرح هذا القول من شرح المختصر ص ١٧٨.

   يشتريها

يشتريها أو بعد ما اشتراها قبل أن يقبضها فليس ينبغي له أن يعرض لها حتى يستأمر مولاها في أمرها ، وكذلك لو قبضها و وطئها ثم وقع في قلبه أن الذي باعها قد كذب فيما قال و كان عليه أكبر[1] ظنه و رأيه[2] فانه ينبغي له[3] أن يعتزل وطأها حتى[4] يسأل مولاها عن ذلك أو يأتيه من يخبره مثل خبره الأول ممن يصدقه ، فان أتاه ذلك فلا بأس ٥ بوطئها[5] . و هكذا أمر الناس ما لم يجئ[6] التجاحد و التشاجر من الذي كان[7] يملك الجارية[8] ، فاذا جاء[9] ذلك لم يقربها[10] و ردها عليه و اتبع

(١) و في م « أكثر » .

(٢) قوله « و رأيه » ساقط من هـ .

(٣) سقط لفظ « له » من الأصل ، موجود في بقية الأصول .

(٤) و في هـ « أن يعتزلها حتى » .

(٥) و في هـ « بوطئه » .

(٦) و في هـ « ما لم يج » .

(٧) سقط لفظ « كان » من هـ .

(٨) و في المختصر وشرحه للسرخسي : (و إن كان وقع في قلبه أنه كاذب قبل الشراء أو بعده قبل أن يقبض لم ينبغ له أن يتعرض لشيء حتى يستأمر مولاها في أمرها) لأن أكبر الرأي بمنزلة اليقين في حقه ، فان ظهر كذبه قبل الشراء فهو مانع له من الشراء ، و إن ظهر بعد الشراء فهو مانع له من القبض بحكم الشراء لأن ما يمنع العقد إذا اقترن به يمنع القبض بحكمه أيضا ، كالتخمر في العصير (وكذلك لو قبضها ووطأها ثم وقع في قلبه أن البائع كذب فيما قال وكان عليه أكبر ظنه فانه يعتزل وطأها حتى يتعرف خبرها) لأن كل وطأة فعل مستأنف من الواطئ ، ولو ظهر له قبل الوطأة الأولى لم يكن له أن يطأها ، فكذلك بعدها (وهكذا =

البائع بالثمن فخاصمه فيه، و ينبغى للمشترى أن يدفع إلى مولى الجارية عقرها .

فان كان البائع حين باعه شهد عند المشترى شاهدا عدل أن مولاها قد أمر ببيعها فاشتراها بقولهما و نقده الثمن و قبضها و حضر ٥ مولاها فجحد أن يكون أمره فان المشترى فى سعة من منعه الجارية حتى يخاصمه إلى القاضى، فاذا قضى له بها فلا يسعه[١] إمساكها بشهادة الشاهدين، لأن قضاء القاضى أنفذ[٢] من الشهادة التى لم يقض بها[٣].

= أمر الناس مالم يجئ التجاحد من الذى كان يملك الجارية، فاذاجاء ذلك لم يقربها و ردها عليه) لأن الملك له فيها ثبت بتصادقهم، و توكيله لم يثبت بقول البائع (فعليه أن يردها و يتبع البائع بالثمن) لبطلان البيع بينهما عند جحود التوكيل (و ينبغى للمشترى أن يدفع العقر إلى مولى الجارية) لأنه وطئها وهى غير مملوكة له و قد سقط الحد بشبهة فيلزمه العقر - اه ص ١٧٨ . (٩) كذا فى م، و فى ع، ز « جاز » تصحيف . (١٠) وكان فى الأصل « تقربها » و الصواب « يقربها » كما فى بقية الأصول .

(١) و فى الأصل « فلاينبغى له » وفى بقية الأصول « فلايسعه » .

(٢) و فى ه « انقد » تصحيف .

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى : (و إن كان المشترى حين اشتراها شهد عنده شاهدا عدل أن مولاها قد أمره ببيعها ثم حضر مولاها فجحد أن يكون أمره ببيعها فالمشترى فى سعة من إمساكها) و التصرف فيها (حتى يخاصمه إلى القاضى) لأن شهادة الشاهدين حجة حكمية، و لو شهدا عند القاضى لم يلتفت القاضى إلى جحود المالك و قضى بالوكالة و بصحة البيع، فكذلك إذا شهدا عنده (فاذا خاصم إلى القاضى فقضى له بها لم يسعه إمساكها بشهادة الشاهدين =

باب

و لو أن رجلا تزوج امرأة فلم يدخل بها حتى غاب عنها فأخبر مخبر أنها قد ارتدت عن الإسلام و بانت منه و أراد أن يتزوج أربع نسوة فان كان الذى أخبره ذلك[1] ثقة مسلما عبدا أو حرا أو محدودا فى قذف أو غير ذلك وسعه أن يصدقه و يتزوج[2] أربعا[3] سواها، فان ٥ كان الذى أخبره ذلك غير ثقة إلا أنه وقع فى قلبه أنه صادق و كان على ذلك أكبر[4] رأيه فهذا و الأول سواء، و إن كان أكبر[4] رأيه أنه[5] كاذب فيما قال لم ينبغ له أن يتزوج معها إلا ثلاثا[6].

= لأن قضاء القاضى أنفذ من الشهادة التى لم يقض بها) ومعنى هذا أن الشهادة لم تكن ملزمة بدون القضاء، و قضاء القاضى يلزمه بنفسه، و الضعيف لا يظهر فى مقابلة القوى - اهـ ص ١٧٨.

(١) سقط لفظ «ذلك» من هـ، و فى م «بذلك».

(٢) و فى هـ «تزوج».

(٣) وفى هـ «أربعة».

(٤) و فى م «اكثر».

(٥) من قوله «صادق ...» س ٦ ساقط من هـ.

(٦) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (و إن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يتزوج أكثر من ثلاث) لأن خبر الفاسق يسقط اعتباره بمعارضة أكبر الرأى بخلافه (و لو كان المخبر أخبر المرأة أن زوجها قد ارتد فلها أن تتزوج بزوج آخر) فى رواية هذا الكتاب أيضا، و فى السير الكبير يقول: ليس لها ذلك حتى يشهد عندها بذلك رجلان أو رجل وامرأتان، قال: لأن الزوج أغلظ حتى يتعلق بها استحقاق القتل، بخلاف ردة المرأة؛ وما ذكرنا أصح لأن المقصود =

وكذلك لو أن رجلا تزوج جارية صغيرة رضيعة ثم غاب عنها فأتاه رجل فأخبره أن أمه أو ابنته أو أخته أو ظئره التي أرضعته أرضعت امرأته الصغيرة وهو يريد أن يتزوج أربعا سواها كان هذا والأول الذي وصفت لك من الردة في جميع ما وصفت لك سواء. وإن لم يقل

٥ هذا ولكنه قال «كنت تزوجتها يوم تزوجتها وهي أختك[١] من الرضاعة أو تزوجتها يوم تزوجتها وهي مرتدة عن الإسلام» لم ينبغ له أن يتزوج أربعا وإن[٢] كان الذي أخبره بذلك ثقة مسلما حتى يشهد عنده[٣] شاهدا عدل، فاذا شهد بذلك شاهدا عدل[٤] وسعه أن يتزوج أربعا سواها[٥].

= الإخبار بوقوع الفرقة لا إثبات موجب الردة، ألا ترى أنها تثبت بشهادة رجل وامرأتين، والقتل بمثله لا يثبت - اه ص ١٧٩.

(١) وفي ه «أختي».

(٢) وفي ه «فان».

(٣) وفي ه «غده» تصحيف.

(٤) من قوله «فاذا شهد» ساقط من ه.

(٥) وفي المختصر وشرحه للسرخسي: (ولو أخبر أنه تزوجها يوم تزوجها وهي مرتدة أو أخته من الرضاعة والمخبر ثقة لم ينبغ له أن يتزوج أربعا سواها ما لم يشهد بذلك عنده شاهدا عدل) لأنه أخبر بفساد عقد حكمنا بصحته، ولا يبطل ذلك الحكم بخبر الواحد؛ وفي الأول ما أخبر بفساد أصل النكاح بل أخبر بوقوع الفرقة بأمر محتمل يوضحه أن إخباره بأن أصل النكاح كان فاسدا مستنكر لأن المسلم لا يباشر العقد الفاسد عادة، فأما إخباره بوقوع الفرقة بسبب عارض غير مستنكر (وإن شهد عنده شاهدا عدل بذلك وسعه أن يتزوج أربعا) لأنهما لو شهدا بذلك عند القاضي حكم ببطلان النكاح. فكذلك إذا شهدا به عند الزوج - ص ١٧٩.

ولا

و لا يشبه. هذان الوجهان إذا أخبره[1] عنهما الرجل الواحد الثقة الوجهين الأولين، لأن الوجهين الأولين النكاح الذى كان فيهما جائز فيما يزعم الرجل ثم إنه حدث أمر يفسده من ردة[2] أو رضاع فان كان عنده ثقة فلا بأس بأن يصدقه، و الوجه الآخر: زعم الرجل أن النكاح الذى كان بينهما[3] كان فاسدا، فهذا لا يفسده[4] شهادة واحد حتى ٥ يشهد عليه شاهدان.

ألا ترى أن امرأة لو غاب عنها زوجها فأتاها رجل عدل مسلم[5] ثقة فأخبرها أن زوجها طلقها ثلاثا[6] أو مات عنها، أو كان غير ثقة فأتاها بكتاب من زوجها أنه قد طلقها ثلاثا[6] و لا يدرى أ كان زوجها[7] هو أم لا إلا أن أكبر[8] رأيها و ظنها أنه حق فلا بأس بأن تعتد ثم ١٠ تتزوج[9] بعد انقضاء عدتها[10].

---

(١) و فى ه «أخبر» من غير ضمير المفعول.

(٢) كذا فى ز، م، ه؛ و كان فى الأصل «دونه» مكان «ردة» تصحيف.

(٣) و فى ع «منهما».

(٤) و فى ه، م «لا يفسد».

(٥) و فى م، ه «مسلم عدل».

(٦-٦) من قوله «او مات ...» س ٨ ساقط من الأصل من سهو الناسخ و هو موجود فى بقية الأصول.

(٧) و فى ه «تزوجها».

(٨) و فى ه، م «اكثر».

(٩) و فى م «يتزوج» تصحيف.

(١٠) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (و على هذا لو أن امرأة غاب عنها =

و كذلك لو أن امرأة[١] قالت لرجل «إن زوجى طلقنى ثلاثا واعتددت[٢] بعد ذلك و انقضت عدتى»، فوقع فى قلبه أنها صادقة فلا بأس بأن يتزوجها بقولها.

و كذلك رجل طلق امرأته ثلاثا فغابت عنه حينا ثم أتته فأخبرته ٥ أن عدتها قد انقضت منه و أنها قد تزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم طلقها فانقضت عدتها منه فلا بأس بأن يتزوجها و يصدقها إذا كانت عنده ثقة أو وقع فى قلبه أنها صادقة. وهكذا أمر الناس[٣].

و لو أن رجلا أتاها فأخبرها أن أصل نكاحها كان فاسدا، أو أن

= زوجها فأخبرها مسلم ثقة أن زوجها طلقها ثلاثا أو مات عنها أو كان غير ثقة أتاها بكتاب من زوجها بالطلاق و لا تدرى أنه كتابه أم لا إلا أن أكبر رأيها أنه حق فلا بأس بأن تعتد و تتزوج؛ و لو أتاها فأخبرها أن أصل نكاحها كان فاسدا و أن زوجها كان أخاها من الرضاعة أو مرتدا لم يسعها أن تتزوج بقوله وإن كان ثقة) لأنه فى هذا الفصل أخبرها بخبر مستنكر و قد ألزمها الحكم بخلافه، و فى الأول أخبرها بخبر محتمل و هو أمر بينها و بين ربها فلها أن تعتمد ذلك الخبر و تتزوج - اه ص ١٧٩. و فى ه «العدة» مكان «عدتها».

(١) و فى الشرح: و هى نظير امرأة - الخ.

(٢) و فى ه «فاعتددت».

(٣) لأنها أخبرت بحلها له بأمر محتمل؛ و فى هذا بيان أنها لو قالت لزوجها الأول «حللت لك» لا يحل له أن يتزوجها ما لم يستفسرها لاختلاف بين الناس فى حلها له بمجرد العقد قبل الدخول، فلا يكون له ان يعتمد مطلق خبرها بالحل حتى تفسره - اه ما قاله السرخسى ص ١٨٠.

زوجها كان أخاها من الرضاعة ، أو كان مرتدا كافرا حين تزوجها : لم ينبغ لها أن تتزوج بقوله ولا بعد انقضاء العدة ولا قبل ذلك إن كان لم يدخل بها ، لأنه[1] صمد[2] لأصل النكاح فزعم[3] أنه فاسد فهذا مما لا يصدق عليه الرجل الواحد وإن كان ثقة . فاذا قال كان أصل النكاح صحيحا ولكنه بطل بطلاق أو موت أو غير ذلك لم أر بأسا بأن يصدقه ٥ على ذلك ، وإنما[4] هذا بمنزلة رجل فى يده جارية يدعى رقبتها وتقر[5] له بالملك وجدها[6] رجل قد علم ذلك فى يد رجل آخر فأراد شراءها[7] فسأله عنها فقال « الجارية جاريتى » وقد كان الذى كانت فى يده كاذبا فيما ادعى من ملكها لم ينبغ لهذا الرجل الذى علم ذلك أن يشتريها منه ، لأنها قد كانت فى ملك الأول ، فانما أراد هذا الثانى نقض ملك الأول فادعى ١٠ أن ذلك الملك لم يكن ملكا فلا ينبغى للذى علم ذلك أن يصدقه فيما قال ، فان قال « قد كان يملكها كما قال ولكنه وهبها لى ، أو : تصدق بها على ، أو : اشتريتها منه » وسعه أن يشتريها منه ويطأها لأنه لم يبطل[8] الملك الأول.

---

(١) وفى م « لأنها » تحريف .

(٢) أى قصد أن يفسد اصل النكاح .

(٣) وفى م « فيزعم » .

(٤) وفى م « فانما » .

(٥) وفى هـ « ويقر » تصحيف .

(٦) كذا فى م ، وفى البقية « وحدها » .

(٧) وفى م « شراها » .

(٨) وفى ز « لأنها لم تبطل » .

وكذلك الجارية نفسها لو كانت فى يد رجل يدعى أنها جاريته وهى صغيرة فى يده لا تعبر عن نفسها بجحود ولا إقرار ثم كبرت على ذلك فلقيها رجل قد علم ذلك فى بلد آخر فأراد أن يتزوجها ويطأها فقالت له «أنا حرة الأصل ولم أكن أمة للذى كنت فى يده»، لم يسعه أن ٥ يتزوجها ويطأها[1]. ولو قالت «كنت أمته فأعتقنى»، وكانت عنده ثقة أو وقع فى قلبه أنها صادقة لم أر بأسا أن يتزوجها[2].

وكذلك الحرة نفسها لو تزوجت رجلا ثم أتت غيره فأخبرته أن نكاحها الأول كان فاسدا أو أن زوجها الذى كان[3] تزوجها كان على غير دين الإسلام لم ينبغ له أن يصدقها ولا يتزوجها[4]. ولو قالت ١٠ «إنه طلقنى بعد ذلك»، أو: ارتد عن الإسلام فبنت منه، أو: أقر بعد النكاح أنه كان مرتدا يوم تزوجنى، أو: أقر بعد النكاح أنى كنت أخته من الرضاعة وبنت[5] على ذلك، فان كانت عنده ثقة مأمونة أو كانت على

(١) لأنه علم أنها كانت مملوكة لذى اليد فان اليد فيمن لا يعبر عن نفسه دليل الملك والقول قول ذى اليد إنها مملوكته، فاخبارها بخلاف المعلوم لا يكون حجة له وهو خبر مستنكر – اه ما قاله السرخسى ص ١٨٠.

(٢) لأنها أخبرت بحلها له بسبب محتمل لم يعلم هو خلافه فيجوز له أن يعتمد خبرها – اه ما قاله السرخسى.

(٣) سقط لفظ «كان» من ه.

(٤) لأنها أخبرته بخبر مستنكر يعلم هو خلاف ذلك – قاله السرخسى.

(٥) وفى ز «بحث» تصحيف.

غير

غير ذلك وكان أكبر[١] رأيه و ظنه أنها صادقة فلا بأس بأن يتزوجها[٢]، فكذلك هذا و ما أشبهه[٣] إذا صمدت لأصل النكاح أو صمدت لذلك فزعمت أنه باطل لم يصدقها على ذلك إلا بشاهدين عدلين، كما يصدق فى الحكم، و إن أقرت بأصل النكاح و الملك ثم ادعت أمرا أبطله صدقت على ما وصفت لك؛ و لا تستقيم الأشياء إلا على هذا[٤] و نحوه. ٥

و بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أن عائشة أعتقت بريرة

(١) و فى م «اكثر».

(٢) و فى المختصر و شرحه: (و إن قالت: إنه طلقنى بعد النكاح، أو: ارتد عن الإسلام، وسعه أن يعتمد خبرها و يتزوجها) لأنها أخبرت بحلها له بسبب محتمل فتى أقرت بعد النكاح: أنه كان مرتدا حين تزوجنى (أو كنت أخته من الرضاعة لا يعتمد خبرها) لأنه خلاف المعلوم (و إذا أخبرت بالحرمة بسبب عارض بعد النكاح من رضاع أو غير ذلك و ثبتت على ذلك فان كانت ثقة مأمونة أو غير ثقة إلا أن أكبر رأيه أنها صادقة فلا بأس بأن يتزوجها) و فيه شبهة فان الملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبرها و قيام الملك للغير يمنعه من أن يتزوج بها، و لكن قيام الملك للغير فى الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال، فما عرف ثبوته فالأصل بقاؤه، و خبر الواحد أقوى من استصحاب الحال، فأما صحة النكاح فى الابتداء بدليل موجب له و هو العقد الذى عاينه فلا يبطل ذلك بخبر الواحد - اه ص ١٨٠.

(٣) و فى ه، م «أشبه».

(٤) و فى ه «و لا يستقيم الاستثناء على هذا».

فأتتها بشيء تهديه[1] إليها فأخبرتها[2] أنه[3] صدقة تصدق به عليها فلما جاء رسول الله صلى الله عليه و سلم كرهت عائشة أن تطعمه حتى تعلمه خبره فأخبرته خبره فقال: هاتيه فانه لها صدقة و هو لنا هدية[4]. و قد صدقت

(١) كذا في ه، م و هو الصواب؛ و في ع، ز «بهدية».
(٢) و في ه «فأخبرته».
(٣) و في ه «انها».
(٤) هذا الحديث أخرجه الحارثي في مسنده: حدثنا محمد بن الحسن البزاز البلخي ثنا هلال بن يحيى ثنا يوسف بن خالد السمتي ثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها قالت: تصدق على بريرة بلحم فرآه النبي صلى الله عليه وسلم فقال: هو لها صدقة ولنا هدية - اه ق ٨٠/٢. و أخرجه الإمام مالك في باب ما جاء في الخيار من كتاب الطلاق من موطئه ص ٢٠٤ مالك عن ربيعة بن أبي عبدالرحمن عن القاسم بن محمد عن عائشة أم المؤمنين أنها قالت: كانت في بريرة ثلاث سنن، فكانت إحدى السنن الثلاث أنها أعتقت فخيرت في زوجها، و قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الولاء لمن أعتق. ودخل رسول الله صلى الله عليه و سلم و البرمة تفور بلحم فقرب إليه خبز و أدم من أدم البيت فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم: ألم أر برمة فيها لحم؟ قالوا: بلى يا رسول الله! و لكن ذلك لحم تصدق به على بريرة و أنت لا تأكل الصدقة! فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم: هو عليها صدقة و هو لنا هدية. و الحديث هذا مخرج في الصحاح و السنن بروايات و ألفاظ مختلفة؛ قال البخاري في باب الصدقة على موالي أزواج النبي صلى الله عليه و سلم من صحيحه ص ٢٠٢: حدثنا آدم قال حدثنا شعبة قال حدثنا الحكم عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة أنها أرادت أن تشتري بريرة للعتق و أراد مواليها أن يشترطوا ولاءها فذكرت عائشة للنبي صلى الله عليه وسلم فقال لها النبي صلى الله عليه و سلم: اشتريها فان الولاء لمن أعتق؛ قالت: و أوتي النبي صلى الله عليه وسلم بلحم فقلت: هذا ما تصدق به على بريرة! فقال: =

= هو لها صدقة ولنا هدية - اه . و قال فى باب إذا تحولت الصدقة : حدثنا يحيى ابن موسى قال حدثنا وكيع قال حدثنا شعبة عن قتادة عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بلحم تصدق به على بريرة فقال : هو عليها صدقة وهو لنا هدية - اه ص ٢٠٢ . وأخرجه مسلم عن أبى بكر بن أبى شيبة و أبى كريب عن وكيع و عن محمد بن المثنى و ابن بشار عن محمد بن جعفر عن شعبة عن قتادة عن أنس ، و رواه عن عبيد الله بن معاذ قال نا أبى نا شعبة عن قتادة عن أنس : أهدت بريرة إلى النبى صلى الله عليه وسلم لحما تصدق به عليها فقال : هو لها صدقة ولنا هدية ؛ و روى عن عبيد الله بن معاذ نا أبى قال نا شعبة ؛ و روى عن محمد بن مثنى و ابن بشار و اللفظ لابن مثنى قالا نا محمد بن جعفر (غندر) قال نا شعبة عن الحكم عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة : أتى النبى صلى الله عليه وسلم بلحم بقر فقيل : هذا ما تصدق به على بريرة ! فقال : هو لها صدقة و لنا هدية ؛ حدثنا زهير بن حرب و أبو كريب قالا نا أبو معاوية نا هشام بن عروة عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة قالت : كانت فى بريرة ثلاث قضيات : كان الناس يتصدقون عليها و تهدى لنا فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه و سلم فقال : هو عليها صدقة و لكم هدية فكلوه ؛ و حدثنا أبو بكر بن أبى شيبة قال نا حسين بن على عن زائدة عن سماك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة ؛ و حدثنا محمد بن مثنى قال نا محمد بن جعفر قال نا شعبة قال سمعت عبد الرحمن بن القاسم قال سمعت القاسم يحدث عن عائشة عن النبى صلى الله عليه و سلم بمثل ذلك ؛ و حدثنى أبو الطاهر قال نا ابن وهب قال أخبرنى مالك بن أنس عن ربيعة عن القاسم عن عائشة عن النبى صلى الله عليه و سلم بمثل ذلك غير أنه قال : هو لنا منها هدية - اه بالتصرف ١/٣٤٥ . وأخرجه الطحاوى فى آثاره بأسانيده رواه عن فهد قال ثنا محمد بن سعيد الأصبهانى قال أخبرنا شريك عن منصور عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة قالت : دخل علىّ النبى صلى الله عليه وسلم و فى البيت رجل شاة معلقة فقال : ما هذه ؟ فقلت : تصدق به على بريرة فأهدته لنا ! فقال : هو عليها صدقة و هو لنا هدية ، ثم أمر بها فشويته ؛ =

بريرة بقولها [١]وصدقت عائشة بقولها[١] وقد ادعت الهدية ، فلو كان هذا غير طعام لكان بمنزلة الطعام [٢]وما كان بينهما[٢] افتراق .

باب الرجل يقر أنه قتل أخا فلان [٣] أو أباه

قال محمد : وإذا رأى الرجل رجلا يقتل أباه متعمدا فأنكر القاتل أن يكون قتله أو قال لابنه فيما بينه وبينه « إنى قتلت أباك أنه قتل[٤] ولي[٥] فلانا[٦] عمدا » أو[٧] قال « إن أباك ارتد عن الإسلام فاستحللت قتله بذلك » ولا يعلم الابن شيئا مما قال القاتل[٨] ولا وارث للمقتول غير

= حدثنا يونس أنا ابن وهب أن مالكا أخبره عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن القاسم بن محمد عن عائشة قالت : دخل رسول الله والبرمة تفور بلحم وأدم من أدم البيت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ألم أر برمة فيها لحم ؟ قالوا : بلى يا رسول الله ولكن ذلك لحم تصدق به على بريرة وأنت لا تأكل الصدقة ! فقال رسول لله صلى الله عليه وسلم : هو صدقة عليها وهو لنا هدية ؛ حدثنا على ابن عبد الرحمن قال ثنا عبد الله بن مسلمة قال ثنا سليمان بن بلال عن ربيعة ، فذكر باسناده مثله ـ اهـ ١ / ٣٠٢ .

(١-١) سقط قوله « وصدقت عائشة بقولها » من هـ .

(٢-٢) وفي م « وما بينهما » .

(٣) وفي م « فلان أخاه » مكان « اخا فلان » .

(٤) سقط لفظ « قتل » من هـ .

(٥) وفي هـ « ولى » تصحيف .

(٦) كذا في المختصر وهو الصواب ، وفي الأصول « فلان » بالرفع تصحيف .

(٧) وفي م « ولو » تحريف .

(٨) كذا في هـ ؛ وفي ع ، ز « القائل » وهو في م مهمل .

ابنه

ابنه هذا فالابن فى سعة من قتل القاتل إن أراد قتله [١] .

ومن رآه قتل أباه مع الابن فهو فى سعة من إعانته عليه حتى يقتله . وكذلك لو لم يره قتله ولكنه أقر بذلك بين يديه ثم ادعى بعد ما وصفت لك فلما طلبه بقتله [٢] جحد أن يكون أقر بما أقر به فالابن فى سعة من قتله . ومن سمعه يقر بذلك أيضا فى سعة من إعانة الابن [٣] ، ٥ ولو لم يره الابن قتله ولم يقر بين يديه بذلك ولكن شهد عنده على معاينة القتل بالعمد أو على إقراره شاهدا عدل وهو يجحد ذلك لم يسع

---

(١) لأنه تيقن بالسبب الموجب لحل دمه للقاتل فكان له أن يقتص منه معتمدا على قوله تعالى "فقد جعلنا لوليه سلطانا" وعلى قوله صلى الله عليه وسلم : العمد قود ؛ وحاصل المسألة على أربعة أوجه ، أحدها : إذا عاين قتله ، والثانى : إذا أقر عنده أنه قتله ، فهذا ومعاينة القتل سواء لأن الإقرار موجب بنفسه حتى لا يملك المقر الرجوع عن إقراره فهذا ومعاينة السبب سواء ، والثالث : أن يقيم البينة بأنه قتل أباه فيقضى له القاضى بالقود فهو فى سعة من قتله لأن قضاء القاضى ملزم فيثبت به السبب المطلق لاستيفاء القود له ، والرابع : أن يشهد عنده شاهدا عدل أن هذا الرجل قتل أباه ، فليس له أن يقتله بشهادة لأن الشهادة لا توجب الحق ما لم يتصل بها قضاء القاضى فلا يتقرر عنده السبب المطلق لاستيفاء القود بمجرد الشهادة ما لم ينضم إليه القضاء ـ اه ما قاله السرخسى فى شرح المختصر ص١٨١ .

(٢) كذا فى الأصل ؛ وفى هـ ، ز « يقتله » وهو فى ز مهمل .

(٣) وفى المختصر وشرحه للسرخسى : (والذى بينا فى الابن كذلك فى غيره إذا عاين القتل أو سمع إقرار القاتل به أو عاين قضاء القاضى به كان فى سعة من أن يعين الابن على قتله) لأنه يعينه على استيفاء حقه وذلك من باب البر والتقوى .

ابن المقتول أن يقتل المشهود عليه بشهادتهما حتى يقضى عليه بذلك الإمام . و لا يسع من حضر شهادة الشاهدين ممن يعدلهما و يعرفهما بشهادتهما أن يعينه على قتله بشهادتهما حتى يقضى له[1] بشهادتهما ، فاذا قضى له الإمام بذلك و سعه قتله بشهادتهما و إن لم يعلم ذلك يقينا ، ٥ و وسع من حضر قضاء الإمام بذلك أن يعينه على ذلك . و لا يشبه شهادتهما قبل قضاء الإمام بها معاينة القتل و إقرار[2] القاتل بذلك ، لأن الشهادة قد تكون حقا و باطلا[3] و هو يقتله[4] على وجوه بعضها يحل و بعضها لا يحل فليس ينبغي له أن يقتله حتى يقضى له[5] الإمام بشهادتهما .

فان عاين الرجل قتل أبيه[6] عمدا أو كان الرجل أقر له بذلك سرا ١٠ ثم أقام عنده شاهدين عدلين يعرفهما الابن بذلك أن أباه كان ارتد حين قتله هذا القاتل أو شهدا عنده بأن أباه[7] كان قتل أبا هذا القاتل عمدا فقتله به[7] : فانه ينبغي للابن أن لا يعجل[8] بقتله حتى ينظر فيما شهدا به .

---

(١) و فى ه « لهما » تصحيف .
(٢) و فى ه ، م « او اقرار » .
(٣) كذا فى الأصول ، و لعل الصواب « و قد تكون باطلا » .
(٤) كذا فى ه ، ز ، م ؛ و فى الأصل « بقتاله » .
(٥) سقط لفظ « له » من ز .
(٦) و فى ه « ابنه » تصحيف .
(٧ - ٧) من قوله « كان قتل ... » ساقط من الأصل موجود فى البقية .
(٨) و فى ه ، م « ان يعجل » سقط لفظ « لا » منهما بسهو الناسخ ، و الصواب إثباته .

و كذلك من حضر قتل أبيه أو أقر القاتل بذلك لم ينبغ له أن يعينه على شيء من ذلك إذا[1] كان قد شهد عنده[2] بما وصفت لك شاهدا عدل[3].

و كذلك لو كان الإمام قضى له بالقود على قاتل أبيه ثم شهد عنده شاهدا عدل أن أباه كان مرتدا حين قتله هذا القاتل أو كان قتل وليا لهذا ٥ القاتل فقتله به فليس ينبغي للابن فيما بينه و بين الله تعالى أن يعجل بقتل هذا القاتل حتى ينظر في ذلك و يتثبت. و لا ينبغي لمن حضر قضاء القاضي و حضر شهادة الشاهدين بما شهدا به و هما عنده عدلان أن يعينه على قتله، فان كان الذى[4] شهدا عنده محدودين في قذف و هما عدلان أو هما عبدان و هما[5] عدلان في مقالتهما أو نسوة عدول لا رجل معهن فانه في سعة ١٠ من قتله، لأن شهادة هؤلاء مما لا تبطل به الحقوق، و لكنه إن تثبت[6]

(١) و في م «و ان».

(٢) سقط لفظ «عنده» من هـ، و في م «عليه» مكان «عنده».

(٣) و في المختصر و شرحه للسرخسي: (و إن أقام القاتل عند الابن شاهدين عدلين أن أباه كان قتل ابا هذا الرجل عمدا فقتله به لم ينبغ للابن أن يعجل بقتله حتى ينظر فيما شهدا به) لأنهما لو شهدا بذلك عند القاضي حكم ببطلان حقه، فكذلك إذا شهدا عنده (و كذلك لا ينبغي لغيره أن يعينه على ذلك إذا شهد عنده عدلان) لما قلنا (أو بأنه كان مرتدا حتى يتثبت فيه) و هذا لأن القتل إذا وقع فيه الغلط لا يمكن تداركه فيتثبت فيه، و هذا لأن القتل إذا وقع فيه الغلط لا يمكن تداركه فيتثبت فيه حتى يكون إقدامه عن بصيرة - اهـ ص ١٨١.

(٤) قوله «الذى» كذا في الأصول الثلاثة. و لعل الصواب «اللذان».

(٥) من قوله «عدلان أن يعينه...» س ٨ ساقط من هـ.

(٦) كذا في شرح المختصر، و في الأصول «ثبت» و الصواب «تثبت».

حتى ينظر و يسأل كان خيرا له[١] . و إن شهد عنده بذلك شاهد واحد عدل ممن تجوز شهادته و قال القاتل « عندي شاهد مثله » فاني استحسنت له أن لا يعجل بقتله حتى ينظر أيأتيه بشاهد[٢] آخر أم لا ؟ و إن قتله قبل أن يتأنى[٣] كان عندي في سعة ، و لكن التثبت أفضل لأن القتل إذا كان ٥ لم يستطع الرجوع فيه و للقاضي أن يأمره به . ألا ترى أن[٤] القاضي لا يبطل

(١) و في شرح المختصر : (و إن تثبت فيه فهو خير له) لأنه أقرب إلى الاحتياط فان القتل لا يمكن تداركه إذا وقع فيه الغلط . قال : وفرق بين القصاص وحد القذف فقال (القاذف إذا أقام أربعة من الفساق يشهدون على صدق مقالته لا يقام عليه حد القذف ، و القاتل إذا أقام فاسقين على العفو أو على أن قتله كان بحق لا يسقط القود عنه) و الفرق أن هناك السبب الموجب للحد لم يتقرر فان نفس القذف ليس بموجب للحد لأنه خبر متمثل بين الصدق و الكذب و إنما يصير موجبا بعجزه عن إقامة أربعة من الشهداء ، و لم يظهر ذاك العجز لأن للفساق شهادة و إن لم تكن مقبولة . و الموجب للقود هو القتل و قد تقرر ذاك فالعفو بعده مسقط و هذا المسقط لا يظهر إلا بقبول شهادته ، و ليس للفاسق شهادة مقبولة ، و بيان هذا أن الله تعالى قال " والذين يرمون المحصنت ثم لم ياتوا باربعة شهداء " و المعطوف على الشرط شرط ، و في باب القتل أوجب القود بنفس القتل فقال تعالى " كتب عليكم القصاص في القتلى " ثم قال " فمن تصدق به فهو كفارة له " فعرفنا أن العفو مسقط بعد الوجوب لا أن يكون عدم العفو مقررا سبب الوجوب ـ اهـ ص ١٨١ ـ ١٨٢ . قلت : هذا الفرق ههنا ليس بموجود في الأصول .

(٢) و في هـ ، م « شاهد » .

(٣) و في هـ « يتأتى » تصحيف .

(٤) سقط لفظ « أن » من ز .

حقه الذى حكم له به بقول هؤلاء! فكذلك الولى لا يبطل حقه؛ و لا يأثم عندنا بأخذه إياه إذا كان القاضى لا يبطله بشهادة من شهد عنده. أرأيت إن شهد عند القاضى هؤلاء القوم الذين وصفت لك من المحدودين فى القذف و العبيد[1] و النساء و هم عند القاضى عدول مسلمون غير متهمين فى شهادتهم أينبغى للقاضى أن يمضى حكمه الأول[2] و يعين ٥ الولى[3] على قتله! و ينبغى لمن حضر القاضى أن يعين الولى على قتل القاتل بعلمه! و ينبغى ذلك لهم، و لا يسعهم[4] إلا ذلك. فكما لا يسع القاضى و لمن حضره إلا أن يعين الولى على قتله فكذلك يسع[5] الولى أن يقتله.

باب الرجل يكون عنده متاع فيشهد أنه غصبه

و لو أن عبدا أو ثوبا أو مالا كان فى يدى رجل فشهد شاهدان ١٠ لرجل أن هذا الشىء كان لأبيه غصبه منه هذا الذى هو فى[6] يديه، و الذى ذلك الشىء فى يده يجحد ما قالا و يزعم أنه له: فليس ينبغى للوارث أن يأخذ الشىء من يدى الذى ذلك الشىء[7] فى يديه بشهادتهما و إن كانا

(١) و فى ه «العبد» تصحيف.
(٢) سقط لفظ «الأول» من ه.
(٣) و فى م «الوالى» و ليس بشىء.
(٤) و فى ه «ولا يتسعهم».
(٥) و فى ه «ان يسع».
(٦) سقط لفظ «فى» من ه.
(٧) سقط قوله «ذلك الشىء» من ه.

عدلين حتى يقضى له به[1] القاضى بشهادتهما ؛ فاذا قضى له القاضى بذلك وسعه أخذه و إن لم يعلم يقينا أن الأمر كما شهدا به ؛ فأما ما لم يقض به القاضى فانه لا ينبغى له أخذه لأنه إنما شهدا أن ذلك الشيء لأبى الوارث لأنهما رأيا ذلك فى يديه و شهدا أن هذا أخذه منه ! و قد يأخذ الرجل من الرجل الشيء يكون فى يده و ذلك الشيء للآخذ فيكون الآخذ قد[2] أخذ منه[3] حقه و الشاهدان لا يعلمان فيشهدان بالظاهر مما رأيا فيسعهما ذلك و لا يكون الآخذ المشهود عليه آخذ[4] منه بشهادتهما شيئا هو له ! فلذلك[5] قلنا : لا ينبغى للشهود له أن يأخذ ذلك الشيء بشهادتهما حتى يقضى له بذلك[6] القاضى ، و لأنهما أيضا قد يشهدان بالحق و الباطل ،

---

(١) سقط لفظ « به » من م .

(٢) سقط لفظ « قد » من ه .

(٣) كذا فى ه ، وسقط لفظ « منه » من بقية الأصول .

(٤) كذا فى الأصول ، و الصواب « آخذا » بالنصب و بصيغة اسم الفاعل .

(٥) كذا فى الأصل ، و فى م « و لذلك » و فى ه « وكذلك » ؛ و الصواب « فلذلك » كما فى الأصل .

(٦) كذا فى ز ، و فى بقية الأصول « ذلك » . قال السرخسى : لأن الشهادة لا تكون ملزمة بدون القضاء . و فى الأخذ قصر يد الغير ، و ليس فى الدعوى إلزام أحد شيئا فيتمكن من الدعوى بشهادتهما و لا يتمكن من الأخذ حتى يقضى له القاضى بذلك ، لأن ذا اليد مزاحم له بيده و لا تزول مزاحمته إلا بقضاء القاضى ـ اه ص ١٨٢ .

[1]فأما إذا[1] قضى القاضى بذلك وسعه أخذه .

و لو كان الوارث عاين الذى ذلك الشيء فى يده و هو يأخذ من يدى أبيه[2] وسعه أخذه منـه و قتاله عليه، و وسع من عاين ذلك معه إعانته عليه و إن أتى[3] ذلك على نفسه إذا امتنع و هو فى موضع لا يقدر فيه على سلطان يأخذ لأحد بحقه؛ و كذلك لو أقر بما شهد به الشاهدان ٥ عليه فأقر بذلك عند الوارث و ادعى أنه كان له وسع الوارث أخذ ذلك منه و وسع من حضر إقراره إعانته عليه حتى يستنقذوا ذلك منه[4] .

و كذلك جميع الأموال و العروض و الرقيق و الدواب و غير ذلك .

و لو شهد شاهدان عليه أنه أقر أن هذا الشيء بعينه كان لأبى هذا الوارث و أنه[5] غصبه منه و هو يجحد ذلك لم يسع الوارث أن يأخذ منه ١٠

(١ - ١) و فى ه « فاذا » .

(٢) و فى ه « ابنه » .

(٣) و فى م « ابى » .

(٤) قال السرخسى فى شرح المختصر : (و كذلك إن أقر الآخذ عنده بالأخذ) لأن إقراره ملزم فهوكمعاينة السبب أو قضاء القاضى له به (و يسعه أن يقاتله عليه وكذلك يسع من عاين ذلك إعانته عليه و إن أتى ذلك على نفسه إذا امتنع وهو فى موضع لا يقدر فيه على سلطان يأخذ له بحقه) لأنه يعلم انه ملكه (و كما أن له أن يقاتل دفعا عن ملكه) إذا قصد الظالم أخذه منه (فكذلك له أن يقاتل فى استرداده) و الأصل فيه قوله صلى الله عليه و سلم : « من قتل دون ماله فهو شهيد » - اه ص ١٨٢ - ١٨٣ .

(٥) و فى ه « فانه » .

بشهادتهما حتى يقضى له بذلك القاضى عليه، فاذا قضى بذلك عليه وسعه أخذ ذلك منه و إن لم يعلم يقينا، لأن الشاهدين إذا لم يقض القاضى بشهادتهما فليس يدرى المشهود[1] له أصادقان أم كاذبان؟ و قد يقول الرجل أيضا الحق و الباطل، و قد يقر أيضا ثم يشترى بعد ذلك أو يملكه بوجه من ٥ الوجوه غير الشراء من الوصية يوصى بها الميت و غير ذلك فليس ينبغى للوارث أن يأخذ ذلك منه و إن قوى[2] عليه إلا بقضية قاض. و لا ينبغى لمن سمع شهادة الشاهدين أن يعينه على ذلك حتى يقضى به القاضى عليه، فاذا قضى بذلك القاضى وسع لمن حضر قضاءه أن يعينه على أخذه حتى يدفعه إلى الوارث، فاذا امتنع بدفعه[3] فى موضع لا يقدر فيه على سلطان ١٠ يأخذه فيدفعه إليه وسع الوارث و من حضر قضاء القاضى إن امتنع عليهم بدفعه[4] قتاله و قتله حتى يؤخذ منه فيدفع إلى الوارث.

و كذلك[5] لو حضر الوارث إقرار الذى كان الشىء فى يده بمثل ما شهد به الشاهدان وسعه أخذه منه و قتاله عليه، و وسع من حضر معه إعانته عليه حتى يستنقذوا ذلك من يده.

١٥ و لو أن رجلا كانت له امرأة فيشهد[6] عندها [7]شاهدان عدلان[7]

(١) و فى م «الشهود» تصحيف.

(٢) و فى م «نوى» تصحيف.

(٣) كذا فى ه، م، ز؛ و فى الأصل «يدفعه».

(٤) كذا فى ه، و فى الأصل «يدفعه» و فى ز «فدفعه».

(٥) و فى م «و كذا».

(٦) و فى ه «فشهد».

(٧-٧) و فى ه «عدلان شاهدان».

أن

أن زوجها طلقها ثلاثا وهو يجحد ذلك ثم غابا أو ماتا قبل أن يشهدا عند القاضي بذلك لم يسع امرأته أن تقيم عنده؛ وكان هذا بمنزلة سماعها لو سمعته يطلقها[١]، ولا يشبه شهادة الشاهدين[٢] في هذا الوجه ما وصفت لك قبله من القتل والأموال، لأن الطلاق لا ينتقض بوجه من الوجوه، ولا يكون أبدا إلا طلاقا، ولا تكون المرأة به أبدا د إلا بائنا. فان قال قائل: قد يطلق الرجل غير امرأته فلا يكون ذلك طلاقا! قيل له: فهي حرام عليه بأحد الوجهين: إما أن تكون[٣] غير

(١) لأنهما لو شهدا بهذا عند القاضي حكم بحرمتها عليه، فكذلك إذا شهدا بذلك عندها؛ وهذا بخلاف ما تقدم لأن القتل وأخذ المال قد يكون بحق وقد يكون بغير حق، فأما التطليقات الثلاث لا تكون إلا موجبة للحرمة! فان قال قائل: فقد يطلق الرجل غير امرأته ولا يكون ذلك طلاقا! قلنا: هذا على أحد وجهين: إما أن تكون امرأته فيكون الطلاق واقعا عليها، أو تكون غير امرأته فليس لها أن تمكنه من نفسها) وحاصل الفرق أن هناك الشبهة من وجهين: أحدهما احتمال الكذب في شهادتهما، والآخر كون القتل بحق فيصير ذلك مانعا من الإقدام على ما لا يمكنه؛ تداركه، وهنا الشبهة من وجه واحد وهو احتمال الكذب في شهادتهما، فأما إذا كانا صادقين فلا مدفع للطلاق، وبظهور عدالتهما عندها ينعدم هذا الاحتمال حكما كما ينعدم عند القاضي؛ فان قيل: كما أن في شهادة شاهدين احتمال الكذب ففي إقرار المقر ذلك وقد قلتم: يسعه أن يقتله إذا سمع إقراره! قلنا: هذا الاحتمال يدفعه عقل المقر فالإنسان لا يقر على نفسه بالسبب الموجب لسفك دمه كاذبا إذا كان عاقلا، وإن لم يكن عاقلا فلا معتبر باقراره - اه ما قاله السرخسي في شرح هذه المسألة ص ١٨٣ .

(٢) وكان في الأصل «الشاهدان» تصحيف، وفي البقية «الشاهدين».

(٣) كذا في شرح المختصر للسرخسي. وفي الأصول «اما تكون».

زوجه[1] فلا يسعه أن يقربها ولا يسعها أن تدعه، أو تكون زوجة له قد أبانها[2] بالطلاق فصارت بذلك[3] غير زوجة فحرم بذلك فرجها فلا ينبغي لها أن تدعه أن يقربها أي الوجهين كانت عليه، وإنما الذي يريد أن يبطل شهادة الشاهدين لا يبطلها إلا بخصلة واحدة: الطعن في
٥ شهادتهما يقول[4]: لعلهما كاذبان، فاذا كانا عدلين فليس ينبغي له أن يطعن في شهادتهما ولا ترد[5] بالتهمة، ولو وسع هذا لوسع غيره.

أرأيت رجلين عدلين أو أكثر من ذلك شهدا عند رجل وامرأته أنهما أرضعا وهما صغيران في الحولين من امرأة واحدة وأثبتوا ذلك ووصفوه[6] أيسع الرجل وامرأته أن يقيما على نكاحهما ويكذبا الشهود
١٠ حتى يقضي القاضي بالفرقة بينهما! أرأيت لو مات الشهود قبل أن يتقدموا إلى القاضي أو غابوا أكان يسع هذين أن يقيما على نكاحهما وهما يعرفان أن الشهود عدول مرضيون! فهذا لا ينبغي المقام عليه من واحد منهما من الزوج ولا من المرأة. أرأيت لو شهدت الشهود بذلك عند القاضي أو بالطلاق الذي وصفت لك فلم يعرف القاضي عدل
١٥ الشهود وسأل عنهما القاضي فلم يعرفوا بتلك البلاد والرجل والمرأة

---

(١) وفي هـ، ز «زوجة».
(٢) وفي م «اتاها» تصحيف.
(٣) سقط لفظ «بذلك» من م.
(٤) وفي هـ «بقول» وفي م غير منقوط.
(٥) وفي م «ولا يرد».
(٦) وفي هـ «وصعوه».

أو أحدهما يعرف الشهود[1] بالعدل و الرضا أ ينبغي لهما بعد المعرفة بذلك أن يقيما على النكاح؟! ليس ينبغي المقام على هذا النكاح بعد الذى وصفت لك إن قضى القاضى[2] بشهادتهما أو لم يقض، و لكن المرأة التى شهد عندها الشهود بالطلاق أو شهدوا عندها بالرضاع إن جحد الزوج ذلك و أراد المقام عليها لم يسعها المقام معه. فان هربت منه و امتنعت ٥ عليه و قهرته وكانت على ذلك قادرة بسلطان أو غير ذلك لم يسعها أن تعتد ثم تتزوج، لأن الحاكم[3] لم يحكم بالفرقة بينهما فهى لا يسعها أن تتزوج و لا يسعها أن تدعه أن يقربها[4].

و كذلك إن سمعته طلقها ثلاثا ثم جحد و حلف أنه لم يفعل فردها القاضى عليه لم يسعها المقام معه، و لا يسعها أن تعتد و تتزوج[5]، لأن ١٠

---

(١) و فى م «بالشهود».

(٢) و فى ه «للقاضى».

(٣) و فى ه «لأن الحكم» تصحيف.

(٤) لأنه تمكين من الزنا؛ وكان إسمعيل الزاهد يقول: تسقيه ما تنكسر به شهوته. فان لم تقدر على ذلك قتلته إذا قصدها لأنه لو قصد أخذ مالها كان لها أن تقتله دفعا عن مالها، فاذا قصد الزنا بها أولى أن يكون لها أن تقتله دفعا عن نفسها - اه ما قاله السرخسى فى شرح المختصر ص ١٨٣.

(٥) لأنها فى الحكم زوجة الأول، فلو تزوجت غيره كانت ممكنة من الحرام فعليها أن تكف عن ذلك، قالوا: و هذا فى قضاء القاضى، فأما فيما بينها و بين الله تعالى فلها أن تتزوج بعد انقضاء عدتها - اه ما قاله السرخسى فى شرح المختصر ص ١٨٣.

الحاكم حكم بأنها زوجته فلا ينبغى لها أن تتزوج غيره فتركب[١] بذلك أمرا حراما عند المسلمين تكون به عندهم فاجرة . و لا يشبه هذا فيما وصفت لك قضاء القاضى فيما قضى به فيما يختلف[٢] فيه مما[٣] يرى الزوج فيه خلاف ما يرى القاضى .

٥ و لو أن رجلا قال لامرأته « اختارى » فاختارت نفسها و هو يرى أن ذلك تطليقة بائنة[٤] و المرأة لا ترى ذلك طلاقا فقدمته إلى القاضى و طلبت نفقتها و كسوتها فقال الرجل للقاضى[٥] « إنى خيرتها فاختارت نفسها فبانت بذلك » و القاضى يرى أنها تطليقة تملك الرجعة و هى على[٦] حالها فقضى بأنها امرأته و أنه يملك الرجعة جاز قضاء القاضى ١٠ عليهما[٧] بذلك و وسع الرجل أن يراجعها و يمسكها .

و كذلك لو كانت المرأة هى التى ترى ذلك[٨] طلاقا بائنا و الرجل لا يرى ذلك فخاصمها إلى القاضى فقضى[٩] القاضى أنه يملك الرجعة فان

(١) و فى ه « فيركب » تصحيف .

(٢) و فى ه « يخلف » تصحيف .

(٣) كذا فى الأصل وكذا فى ه ؛ و فى ز ، م « فيما » .

(٤) و فى ه « ثانية » و اللفظ غير منقوط فى م .

(٥) لفظ « للقاضى » سقط من ه .

(٦) سقط لفظ « على » من ه .

(٧) و فى ه ، م « عليها » .

(٨) و فى م « بذلك » .

(٩) و فى ه « قضى » .

ذاك

ذلك جائز من القاضي، ولا يسع المرأة أن تفارق زوجها إذا راجعها .

---

(١) لأن قضاء القاضي هنا اعتمد دليلا شرعيا، و في الأول قضى بالنكاح لعدم ظهور الدليل الموجب فكان إبقاء لما كان لا قضاء بالحل بينهما حقيقة؛ ثم حاصل الكلام في المجتهدات أن المبتلى بالحادثة إذا كان غائبا لا رأي له فعليه أن يتبع قضاء القاضي سواء قضى القاضي له بالحل أو بالحرمة، و إن كان عالما مجتهدا فقضى القاضي بخلاف اجتهاده فان كان هو يعتقد الحل و قضى القاضي عليه بالحرمة فعليه أن يأخذ بقضاء القاضي و يدع رأى نفسه، لأن القضاء ملزم للكافة، و رأيه لا يعدوه؛ و إن قضى له بالحل و هو يعتقد الحرمة ففي قول أبي يوسف عليه أن يتبع رأى نفسه، و في قول محمد يأخذ بقضاء القاضي لأن الاجتهاد لا يعارض القضاء، ألا ترى أن للقاضي ولاية نقض اجتهاد المجتهد و القضاء عليه بخلافه! و ليس له ولاية نقض القضاء في المجتهدات و القضاء بخلاف الأول، و الضعيف لا يظهر مع القوى. و أبو يوسف يقول: اجتهاده ملزم في حقه و قضاء القاضي يكون عن اجتهاد فمن حيث ولاية القضاء ما يقضي به القاضي أقوى. و من حيث حقيقة الاجتهاد يترجح ما عنده في حقه على ما عند غيره فتحقق المعارضة فيها فيطلب الموجب للحرمة عملا بقوله صلى الله عليه و سلم «ما اجتمع الحرام و الحلال في شيء إلا غلب الحرام الحلال»؛ يوضحه أن عنده أن قضاء القاضي ليس بصواب، ولو كان ما عنده غير القاضي لم يقض بالحل. فكذلك إذا كان ذلك عنده لا يعتقد فيه الحل فان الله تعالى قال "ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل و تدلوا بها الى الحكام" الآية ففي هذا بيان أن قضاء القاضي لا يحل للمرأ ما يعتقد فيه الحرمة؛ و على هذا الأموال، فان القاضي لو قضى بالميراث للجد دون الأخ و الأخ فقيه يعتقد فيه قول زيد رضي الله عنه فعليه أن يتبع رأى القاضي، وإن قضى القاضي بالمقاسمة على قول زيد و الأخ يعتقد مذهب الصديق رضي الله عنه فعلى قول أبي يوسف ليس له أن يأخذ المال، و على قول محمد له أن يأخذ المال؛ و على هذا الطلاق =

و كذلك هذا فى جميع ما يختلف[1] فيه من الأقضية إذا رأى الرجل ذلك حراما أو رأته المرأة و قضى القاضى بأنه حلال وسع الذى رأى ذلك حراما أن يرجع إلى قضاء القاضى و يأخذ به و يدع ما رأى من ذلك لا يسعه غيره فى كل حق يلزمه . فأما أمر لوعلم به[2] القاضى[3] لأنفذه[4] و حرم الفرج به و لكنه لم يمنعه[5] من أن يحرم الفرج إلا أنه لم يعلمه فرد القاضى المرأة على زوجها بذلك و المرأة تعلم خلاف ما يعلم القاضى فليس ينبغى لها أن تلتفت إلى شىء من إحلال القاضى و لا غير ذلك ،

= المضاف إذا كان الزوج يعتقد وقوع الطلاق نقضى القاضى بخلافه فهو على الخلاف ، و إن كان الزوج غائبا أو كان يعتقد أن الطلاق غير واقـع فعليه أن يتبع رأى القاضى أو قضى بخلاف اعتقاده ، و على هذا لو استفتى العامى أقوى الفقهاء عنده فأفتى له بشىء فذلك بمنزلة اجتهاده لأنه وسع مثله ، ثم فيما يقضى القاضى بعد ذلك بخلافه حكمه كحكم المجتهد فى جميع ما بينا ، وكذلك لوحكمنا فقيها فحكمه كفتواه لأن سببه تراضيهما لا ولاية ثابتة له حكما فكان تراضيهما على تحكيمه كسؤالهما إياه و الفتوى لا تعارض قضاء القاضى ؛ ألا ترى أن للقاضى أن يقضى بخلاف حكم الحكم فى المجتهدات ، وليس له أن يقضى بخلاف ما قضى به غيره فى المجتهدات ، ولو قضى به لم ينفذ قضاؤه فهذا معنى قولنا حكم الحكم فى حقهما كفتواه - اه ما قاله السرخسى فى شرح المختصر ص ١٨٤ .

(١) كذا فى ع ، م ، ز ؛ وفى هـ « يخلف » تصحيف .

(٢) كذا فى الأصول ، و فى المختصر « فأما لو علم » .

(٣) من قوله « و يأخذ به . . » س ٣ ساقط من هـ .

(٤) و فى هـ « لا بعده » .

(٥) و فى م « لا يمنعه » .

و لكنها أيضا لا تقدم على إحلال فرج قد حرمه القاضى فأخذ[1] فى ذلك بالثقة ، فلا يسعها المقام مع زوجها الأول ، و لا يسعها أن تتزوج غيره .

و كذلك إذا شهد شاهدا عدل على رجل أنه أعتق جاريته هذه أو شهدا عليه أنه أقر بعتقها فليس يسعها أن تدعه يجامعها قضى بشهادتهما ٥ أو لم يقض ، و لا يسعها أن تتزوج إذا كان يجحد العتق[2] .

و كذلك العبد إذا شهدا بعتقه و المولى يجحد ذلك وهما معدلان عند العبد لم يسع العبد[3] أن يتزوج بشهادتهما حتى يقضى له القاضى بالعتق[4] . و لا يشبه العتق و الطلاق و الرضاع ما وصفت لك قبله من الأموال و غيرها . لأن العتق و الطلاق و الرضاع لا يبطله شيء من ١٠ الأشياء على وجه من الوجوه . فلذلك كانت الشهادة فيه بقضاء القاضى أو بغير قضاء القاضى سواء ، فأما ما سوى ذلك من العمد و غيره

---

(١) و فى ه « فيأخذه » و فى م هو مهمل .

(٢) و فى ه « العتق منه » .

(٣) و فى ه « لعبد » .

(٤) و فى المختصر و شرحه للسرخسى : (و على هذا لو شهد عدلان عند جارية) لأن حجة حرمتها عليه تمت عندها فهو و الطلاق سواء (و لا يسعها أن تتزوج إذا كان المولى يجحد العتق و كذلك إذا شهدا بعتق العبد و المولى يجحد لم يسع العبد أن يتزوج بشهادتهما حتى يقضى له القاضى بالعتق) لأنهما مملوكان له فى الحكم ، فلو تزوجا بغير إذنه كانا مرتكبين للحرام عند القاضى و عند الناس ، و التحرز عن ارتكاب الحرام فرض - اه ص ١٨٠ .

فقد يبطل بالعفو من ولى الدم و والى القود و فيما[1] دون الدم بالحقوق و بأشياء كثيرة على وجوه مختلفة ، فلذلك[2] افترقت هذه الأشياء فى غير قضاء القاضى إذا شهد بها الشهود العدول.

و لو أن رجلا كان متوضأ[3] فوقع فى قلبه أنه أحدث و كان على ٥ ذلك أكبر[4] رأيه فأفضل ذلك أن يعيد الوضوء ، و إن لم يفعل و صلى على وضوئه الأول كان عندنا فى سعة لأنه عندنا على وضوء حتى يستيقن بالحدث[5] . و إن أخبره مسلم ثقة أو امرأة ثقة مسلمة حرة أو مملوكة «أنك أحدثت ، أو نمت مضطجعا ، أو رعفت» لم ينبغ له أن يصلى حتى يتوضأ . ولا يشبه هذا ما وصفت لك قبله من الحقوق لأن هذا أمر الدين ١٠ فالواحد فيه حجة إذا كان عدلا ، و الحقوق لا يجوز فيها إلا ما يجوز فى الحكم .

و إن أحدث رجل فاستيقن بالحدث ثم كان أكبر[4] رأيه أنه توضأ فانه لا ينبغى له أن يصلى حتى يستيقن بالوضوء . فان أخبره رجل مسلم ثقة أو امرأة حرة أو أمة أنه قد توضأ أو[6] أخبره من لا يعرف بالعدالة

---

(١) قوله «و فيما» كذا فى ع ، ز ؛ و فى ه ، م «فيما» من غير واو .

(٢) و فى م «فكذلك» .

(٣) و فى ه «يتوضأ» و الصواب «متوضأ» كما فى بقية الأصول .

(٤) و فى م «اكثر» .

(٥) هذه المسائل إلى ختم كتاب الاستحسان لم يذكره الحاكم فى مختصره و لا السرخسى فى شرحه .

(٦) كذا فى ه ، ز ، م ؛ و فى الأصل واو مكان «أو» و ليس بشىء.

فوقع فى قلبه أنهما صدقا فيما قالا وسعه أن يصلى و إن لم يحدث وضوأ .
فان كان الرجل يبتلى[١] بذلك كثيرا و يدخل عليه فيه الشيطان فاستيقن بالحدث و استيقن أنه قعد للوضوء فكان أكبر[٢] رأيه أنه توضأ وسعه عندنا أن يمضى على أكبر[٢] رأيه .

ألا ترى أن رجلا لو[٣] كان شك فى الصلاة كثيرا فدخل فى ٥ الصلاة ثم لم يدر كم صلى مضى على أكبر[٢] رأيه و ظنه ! و كذلك لو شك فى التكبير الأول[٤] فلم يدر[٥] أ كبر أم لا إلا أنه فى الصلاة و مضى على أكبر[٢] رأيه و ظنه أجزاه ذلك ، و إن كان قد فرغ من صلاته ثم عرض له شك فى شيء مما وصفت لك لم يلتفت إليه و أجزته[٦] صلاته .
و كذلك الوضوء إذا قام عنه[٧] عن تمام فى نفسه ثم عرض له شك فى ١٠ مسح الرأس و غيره لم يلتفت إلى شيء من ذلك .

و إذا أودع رجل مالا عند رجل ثم أتاه يطلبه فأخبره أنه كان دفعه إليه فوقع فى قلبه أنه صادق و لا يدرى أ كاذب هو أم لا ، إلا أنه

(١) و فى ه « مبتلى » .
(٢) و فى م « اكثر » .
(٣) كذا فى ه ، ز ، م ؛ و فى ع « لو أن رجلا » .
(٤) كذا فى الأصول .
(٥) و فى ه « و لم يدر » .
(٦) كذا فى ع ، ز ؛ و فى ه ، م « اجزاته » و ليس بصواب .
(٧) سقط لفظ « عنه » من ه .

عنده[١] ثقة مسلم فان صدقه وأخذ بقوله فذلك فضل أخذه به[٢] و هو أحسن من غيره، و إن أبى إلا طلب حقه و أراد استحلافه عند القاضي على ذلك فهو من[٣] ذلك في سعة. لأن الرجل و إن كان عدلا فهو غير مأمون فيما يطلب لنفسه و فيما يطلب[٤] به، فان أبى اليمين وسع رب ٥ المال أن يأخذ منه المال، و إن أراده على اليمين فافتدى يمينه بغرم المال[٥] أو بعضه أو صالحه على شيء منه أو من غيره وسع رب المال أخذ ذلك منه.

و كذلك إن قال «ضاع المال مني»، و هو عنده عدل ثقة[٦] فالأفضل أن يكفّ عنه، و إن طالبه باليمين لحلف له على ذلك عند غير قاض فأبى إلا ١٠ أن يستحلفه عند القاضي وسعه أن يطالبه باليمين عند القاضي، لأنه حق له في عنقه أن يحلف له عند الحاكم إذا لم يعلم أنه صادق فيما قال، فان[٧] استحلفه عند الحاكم فنكل عن اليمين وسعه أن يأخذ المال منه. و كذلك إن أراد استحلافه فافتدى يمينه بجميع المال أو بعضه فهو في سعة من أخذ ذلك منه حتى يعلم أنه قد ضاع أو دفعه إليه.

---

(١) و في م «عبد» سهو الناسخ.

(٢) و في ز «اخذ به».

(٣) و في ه «في» مكان «من».

(٤) و في م، ز «يطالب».

(٥) أي المال كله.

(٦) و في ه «ثقة عدل».

(٧) و في ه «فاذا».

و لو لم يكن المال عنده وديعة و لكن كان دينا عليه فأتاه يتقاضاه و قال «إنى قد دفعته إليك» و كان عنده عدلا ثقة و وقع فى قلبه أنه صادق و أن مثله لا يقول إلا حقا إلا أنه لا يعلم ذلك يقينا فأفضل الأشياء له أن يصدقه، و إن أبى إلا أن يطالبه بحقه وسعه أن يأخذ من ماله إن قدر مثل دينه، فان أراد الغريم أن يستحلفه ما قبض المال ٥ منه وسعه أن يحلف على ذلك، لأن يمينه إنما هى على علمه و هو لا يعلم ذلك يقينا.

و كذلك كل حق وجب[1] لرجل على رجل من دين أو غيره فقال الذى عليه الحق «قد أوفيتك حقك، أو: أبرأتنى[2] منه» أو ادعى أجلا بعيدا فوقع فى قلب صاحب الحق أنه صادق و كان على ذلك أكبر[3] ١٠ ظنه و كان عنده عدلا ثقة فأفضل ذلك أن يصدقه و يأخذ بقوله، و إن لم يصدقه و طالب بحقه فأراد المطلوب أن يحلفه فالأفضل للطلوب أن لا يحلف[4]، و إن حلف كان فى سعة من يمينه لأن يمينه[5] على علمه و الرجل متهم[6] على ما يدعى لنفسه و إن كان عدلا.

---

(١) و فى ه «واجب».

(٢) و فى ز «و أبرأتنى» والصواب «أو أبرأتنى» كما فى البقية.

(٣) و فى م «اكثر».

(٤) و فى ز «لا يحلفه».

(٥) كذا فى م، ه؛ و لم يذكر قوله «لأن يمينه» فى ع، ز.

(٦) و فى م، ه «منهم» تصحيف.

وكذلك إن أخبره مع المطلوب رجل عدل[1] أو امرأة و رجل، فان أخبره سوى المطلوب رجلان عدلان لم يسعه أن يطالب بحقه أو يحلف له على ذلك، لأن هذا يقضى فيه الحاكم[2] و كل من كان له حق فهو له[3] على حاله حتى يأتى اليقين على خلاف ذلك؛ و اليقين أن يعلمه ٥ أو يشهد عنده الشهود العدول[4].

آخر كتاب الاستحسان، بحمد الله الملك المنان، و الصلاة و السلام على النبى محمد و آله و صحبه و سلم إلى انتهاء الزمان[5].

(١) سقط لفظ «عدل» من هـ.
(٢) و فى ز «الحكم».
(٣) كذا فى ع، ز؛ و لم يذكر لفظ «له» فى هـ، م.
(٤) زاد فى م «و الله أعلم».
(٥) كذا فى الأصل، و فى م «و الحمد لله رب العالمين و صلى الله على سيدنا محمد و آله و صحبه أجمعين» و لم يذكر قوله «بحمد الله - الخ» فى م، هـ، ز.

* * * * *

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الواحد العدل

كتاب الأيمان*

أبو سليمان [2] قال : سمعت محمد بن الحسن يقول : الأيمان [3]

(*) الأيمان بفتح الهمز جمع « يمين » ؛ واليمين في اللغة القوة ، ومنه قوله تعالى " لأخذنا منه باليمين " و قال القائل :

رأيت عرابة الأوسى يسمو ... إلى الخيرات منقطع القرين

إذا ما راية رفعت لمجد ... تلقاها عرابة باليمين

قلت : « عرابة » بفتح العين ابن أوس الأوسى الأنصارى من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم . مشهور بالجود والكرم ، استصغر يوم الأحد ؛ فاذا استعمل بالعهود والتوثيق والقوة يسمى يمينا ، وقيل : اليمين الجارحة ، فلما كانت يستعمل بذلها في العهود سمى ما يؤكد به العقد باسمها ـ أفاده السرخسى فى شرح كتاب الأيمان من شرح المختصر ٨ / ١٢٦ مع زيادة و تصرف .

(٢) أى أخبرنا أبو سليمان ، يقول راويه .

(٣) قال السرخسى فى شرح المختصر : وهى نوعان : نوع يعرفه أهل اللغة وهو ما يقصد به تعظيم المقسم به ، ويسمون ذلك قسما إلا أنهم لا يخصون ذلك بالله تعالى ، وفى الشرع هذا النوع من اليمين لا يكون إلا بالله تعالى فهو المستحق للتعظيم بذاته على وجه لا يجوز هتك حرمة اسمه بحال ، والنوع الآخر الشرط والجزاء وهو يمين عند الفقهاء لما فيها من معنى اليمين وهو المنع أو الإيجاب ولكن أهل اللغة لا يعرفون ذلك لأنه ليس فيه معنى التعظيم ؛ ثم بدأ الكتاب ببيان النوع الأول فقال : الأيمان ثلاثة ـ اه ما قاله السرخسى .

ثلاثة[1] : يمين تكفر[2] ، و يمين لا تكفر[2] ، و يمين رجو[3] أن لا يؤاخذ بها صاحبها .

فأما اليمين[4] التي لا تكفر[5] فالرجل يحلف على الكذب و هو يعلم أنه كاذب فيقول « و الله لقد كان كذا و كذا » و لم يكن من ذلك شيء أو يقول « و الله لقد فعلت كذا و كذا » و هو يعلم أنه لم يفعله فهذه اليمين ٥ التي لا تكفر[6] و على صاحبها فيها الاستغفار و التوبة[7] .

(١) و هذا اللفظ على النحو الذي ذكره محمد يروى عن رجلين من الصحابة : أبي مالك الغفاري و كعب بن مالك ؛ و لم يرد عدد أيمان فان ذلك أكثر من أن يحصى ، و إنما أراد أن اليمين بالله تنقسم في أحكامها ثلاثة أقسام - اه ما قاله السرخسي في شرحه ص ١٢٦ .

(٢) كذا في ع ، ز ؛ و في هـ ، م و المختصر و شرحه « يكفر » .

(٣) كذا في ز ، هـ ؛ و في ع وكذا هو في المختصر و شرحه « يرجو » .

(٤) و في هـ « فاليمين » . (٥) و في هـ « لا يكفر » .

(٦) و في هـ ، م « لا يكفر » .

(٧) و في المختصر و شرحه للسرخسي ٨ / ١٢٧ : (والتي لا تكفر اليمين الغموس) و هي المعقودة على أمر في الماضي أو الحال كاذبة يتعمد صاحبها ذلك ، و هذه ليست بيمين حقيقة لأن اليمين عقد مشروع ، و هذا كبيرة محضة ، و الكبيرة ضد المشروع . و لكن سماه يمينا مجازا لأن ارتكاب هذه الكبيرة لاستعمال صورة اليمين ، كما سمى رسول الله صلى الله عليه و سلم بيع الحر بيعا مجازا ، لأن ارتكاب الكبيرة لاستعمال صورة البيع ؛ ثم لا ينعقد هذا اليمين فيما هو حكمه في الدنيا عندنا (ولكنها توجب التوبة و الاستغفار) و عند الشافعي تنعقد موجبة = للكفارة

= للكفارة، فمن أصله محل اليمين نفس الخبر، وشرط انعقادها القصد الصحيح، و عندنا محل اليمين خبر فيه رجاء الصدق لأنها تنعقد موجبة للبر، ثم الكفارة خلف عنه عند فوت البر فالخبر الذي لا يتصور فيه الصدق لا يكون محلا لليمين و العقد لا ينعقد بدون محله (ثم ذكر حجة الإمام الشافعي بطولها) و حجتنا في ذلك قوله تعالى " ان الذين يشترون بعهد الله و ايمانهم ثمنا قليلا " الآية . فقد بين جزاء اليمين الغموس بالوعيد في الآخرة . فلوكانت الكفارة فيها واجبة لكان الأولى بيانها ؛ و لأن الكفارة لو وجبت إنما تجب لرفع هذا الوعيد المنصوص و ذلك لا يقول به أحد ، قال عليه الصلاة والسلام : خمس من الكبائر لا كفارة فيهن؛ وذكرمنها اليمين الفاجرة يقتطع بها مال امرئ مسلم . وقال: اليمين الغموس تدع الديار بلاقع ؛ أي خالية من أهلها . و قال ابن مسعود رضي الله عنه: كنا نعد اليمين الغموس من الأيمان التي لا كفارة فيها ؛ و المعنى فيه أنها غير معقودة لأن عقد اليمين للحظر أو الإيجاب و ذلك لا يتحقق في الماضي . و الخبر الذي ليس فيه توهم الصدق و العقد لا ينعقد بدون محله، كالبيع لا ينعقد على ما ليس بمال لخلوه عن موجب البيع وهو تمليك المال . ولأنه قارنها ما يحلها ، ولو طرأ عليها يرفعها، فاذا قارنها منع انعقادها ، كالردة والرضاع في النكاح؛ ولأن الغموس محظور محض فلا يصلح سببا لوجوب الكفارة ، كالزنا و الردة ؛ و هذا لأن المشروعات تنقسم ثلاثة أقسام : عبادة محضة و سببها مباح محض ، و عقوبة محضة كالحدود و سببها محظور محض . و كفارات وهي تتردد بين العبادة والعقوبة ؛ فمن حيث أنها لا تجب الأجزاء تشبه العقوبة ، ومن حيث أنه يفتى به فلا تتأدى بما هو محض العبادة كالصوم يشبه العبادات ، فينبغي أن يكون سببها مترددا بين الحظر و الإباحة ، و ذلك المعقودة على أمر في المستقبل لأنه باعتبار تعظيم حرمة اسم الله تعالى باليمين مباح . وباعتبار ذلك هتك هذه الحرمة بالحنث محظور فيصلح سببا للكفارة ؛ فأما الغموس محظور محض لأن الكذب بدون الاستشهاد بالله محظور محض، فمع الاستشهاد بالله أولى فلا يصلح سببا للكفارة؛ =

و أما اليمين التى تكفر فالرجل يحلف ليفعلن كذا في كذا اليوم فيمضى ذلك اليوم من قبل أن يفعله فقد وقعت اليمين على هذا ، وجبت

= ثم الكفارة تجب خلفا عن البر الواجب باليمين ، و لهذا يجب فى المعقودة على أمر فى المستقبل بعد الحنث لأن قبل الحنث ما هو الأصل قائم ، فاذا حنث فقد فات الأصل فتجب الكفارة ليكون خلفا ويصير باعتبارها كأنه على بره ، وهذا إنما يتصور فى خبر فيه توهم الصدق أنه ينعقد موجبا للأصل ؛ ثم الكفارة خلف عنه (إلى أن قال) و لا يمكن جعل الكفارة واجبة باليمين ابتداء لأنها حينئذ لا تكون كبيرة بل تكون سببا لا لتزام القربة ، و معنى قوله تعالى " ذلك كفارة ايمانكم " اذا حلفتم و حنثتم ، و من أسباب الوجوب ما هو مضمر فى الكتاب كقوله تعالى " فمن كان منكم مريضا او على سفر " فأفطر " فعدة من ايام اخر " ثم إن الله تعالى أوجب الكفارة بعد عقد اليمين بقوله " بما عقدتم الأيمان " والقراءة بالتشديد لا تتناول إلا المعقودة . وكذلك بالتخفيف لأنه يقال : عقدته فانعقد ، كما يقال : كسرته فانكسر ؛ و إنما يتصور الانعقاد فيما يتصور فيه الحل لأنه ضده ؛ قال القائل : و لقلب المحب حل وعقد ؛ و لا يتصور ذلك فى الماضى ؛ أو المراد بقوله " بما كسبت قلوبكم " المؤاخذة بالوعيد فى الآخرة لأن دار الجزاء فى الحقيقة الآخرة ، فأما فى الدنيا قد يؤاخذ المطيع ابتداء و ينعم على العاصى استدراجا ، والمؤاخذة المطلقة محمولة على المؤاخذة فى الآخرة ، وبفصل الشرط والجزاء يستدل على ما قلنا فانه إذا أضيف إلى الماضى يكون تحقيقا للكذب ولا يكون يمينا ، و إليه يشير فى الكتاب ويقول (أمر الغموس أمر عظيم و البأس فيه شديد) معناه أن ما يلحقه من المأثم فيه أعظم من أن يرتفع بالكفارة ـ اه ص ١٢٩ مع الاختصار ؛ وما أحال على الكتاب وهذا كما ترى ليس بموجود ههنا .

عليه الكفارة[1]، و الكفارة ما قال الله عز و جل فى كتابه ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم و لكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان﴾ إلى آخر الآية.

و أما اليمين التى نرجو[2] أن لا يؤاخذ الله بها[3] صاحبها فالرجل يحلف فى حديثه فيقول[4] «لا والله» و «بلى والله» و على[5] ما يرى[6] أنه حق

(١) قال السرخسى فى شرح المختصر: فأما الذى يكفر فهو اليمين على أمر فى المستقبل لإيجاد فعل أو نفى فعل، و هذا عقد مشروع أمر الله تعالى به فى بيعة نصرة الحق و فى المظالم و الخصومات. وهى فى وجوب الحفظ أربعة أنواع: نوع منها يجب إتمام البر فيها، و هو أن يعقد على أمر طاعة أمر به، أو الامتناع عن معصية و ذلك فرض عليه قبل اليمين، و باليمين يزداد وكادة؛ و نوع لا يجوز حفظها و هو أن يحلف على ترك طاعة أو فعل معصية لقوله صلى الله عليه وسلم «من حلف أن يطيع الله فليطعه، و من حلف أن يعصى الله فلا يعصه»؛ و نوع يتخير فيه بين البر و الحنث، و الحنث خير من البر فيندب فيه إلى الحنث لقوله صلى الله عليه و سلم «من حلف على يمين و رأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير و ليكفر» وأدنى درجات الأمر الندب؛ و نوع يستوى فيه البر و الحنث فى الإباحة فيتخير بينهما. وحفظ اليمين أولى بظاهر قوله تعالى "واحفظوا ايمانكم" و حفظ اليمين يكون بالبر بعد وجودها فعرفنا أن المراد حفظ البر، و من حنث فى هذا اليمين فعليه الكفارة - اهـ ص ١٢٦، ١٢٧.

(٢) كذا فى هـ، ز، م؛ و فى الأصل «ترجو».

(٣) و فى ز «ان لا يؤاخذ بها».

(٤) و فى م «و يقول».

(٥) كذا فى ع، ز، م؛ و فى هـ «على» سقط منها الواو.

(٦) و فى م «نوى».

وليس هو كما قال .

(١) قال السرخسي في شرحه للمختصر الكافي: (والنوع الثالث يمين اللغو) فنفى المؤاخذة بها منصوص في القرآن، قال الله تعالى "لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم" واختلف العلماء في صورتها فعندنا صورتها أن يحلف على أمر في الماضي أو في الحال وهو يرى أنه حق ثم ظهر خلافه، وهو مروى عن زرارة بن أبي أوفى رضي الله عنهما وعن ابن عباس رضي الله عنهما في إحدى الروايتين، وعن محمد قال: هو قول الرجل في كلامه « لا والله ، بلى والله » ؛ وهو قريب من قول الشافعي فان عنده اللغو ما يجرى على اللسان من غير قصد في الماضي أو في المستقبل ، وهو إحدى الروايتين عن ابن عباس قال : اليمين اللغو يمين الغضب ؛ وروى عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في تفسير اللغو : قول الرجل « لا والله ، بلى والله » ؛ وهو قول عائشة رضي الله عنها ، وتأويله عندنا فيما يكون خبرا عن الماضي فان اللغو ما يكون خاليا عن الفائدة ، والخبر الماضي خال عن فائدة اليمين على ما قررنا فكان لغوا ، فأما الخبر في المستقبل عدم القصد لا يعدم فائدة اليمين وقد ورد الشرع بأن الهزل والجد في اليمين سواء، ولما أخذ المشركون حذيفة بن اليمان رضي الله عنهما واستحلفوه أن لا ينصر محمدا صلى الله عليه وسلم أخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أوف لهم بعهودهم ، ونحن نستعين بالله عليهم ؛ والمكره غير قاصد ، ومع ذلك أمره بالوفاء به فدل أن عدم القصد لا يمنع انعقاد اليمين ممن هو من أهله، وتأويل قوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان » رفع الإثم، ومن السلف من قال: اللغو هو اليمين المكفرة؛ وهذا باطل فان الله تعالى عطف اليمين التي فيها الكفارة على اللغو، والشيء لا يعطف على نفسه، ومنهم من يقول : يمين اللغو اليمين على المعصية ، وقال بعضهم : لا كفارة فيها . وقال بعضهم : هي محيطة بالكفارة ، أي لا مؤاخذة فيها بعد الكفارة . وهذا أيضا فاسد فان كون الفعل معصية لا يمنع عقد اليمين عليه ولا يخرجه عن كونه =

محمد عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن عائشة أنها قالت في قول الله تعالى ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم﴾ : إنه نحو هذا[1] .

= سببا للكفارة، كالظهار فانه منكر من القول و زور، ثم كان موجبا للكفارة عند العود ، و هذا النوع لا يتحقق إلا في اليمين بالله تعالى ، فأما في الشرط و الجزاء لا يتحقق اللغو، هكذا ذكره ابن رستم عن محمد، لأن عدم القصد لا يمنع وقوع الطلاق و العتاق ؛ فان قيل : فما معنى تعليق محمد نفي المؤاخذة في هذا النوع من الرجاء بقوله : نرجو أن لا يؤاخذ الله تعالى بها صاحبها ، و عدم المؤاخذة في اليمين اللغو منصوص عليه ، وما عرف بالنص فهو مقطوع به ؟ قلنا : نعم ، ولكن صورة تلك اليمين مختلف فيها ، فانما علق بالرجاء نفي المؤاخذة في اللغو بالصورة التي ذكرها و تلك غير معلوم بالنص ، مع أنه لم يرد بهذا اللفظ التعليق بالرجاء ، إنما أراد به التعظيم و التبرك بذكر اسم الله تعالى ، كما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا مر بالمقابر قال صلى الله عليه و سلم : « السلام عليكم دار قوم مؤمنين . وإنا إن شاء الله بكم لاحقون » وما ذكر الاستثناء بمعنى الشك فانه كان متيقنا بالموت و قد قال الله تعالى "انك ميت و انهم ميتون" ولكن معنى ذكر الاستثناء ما ذكرنا - اه ص ١٢٩ و ١٣٠ .

(١) وأخرجه في آثاره : أخبرنا أبوحنيفة عن حماد عن إبراهيم عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها في اللغو قالت : هو كل شيء يصل به الرجل كلامه لا يريد يمينا « لا والله » و« بلى والله » وما لا يعقد عليه قلبه ؛ قال محمد : و به نأخذ ، و من اللغو أيضا الرجل يحلف على الشيء يرى أنه على ما حلف عليه فيكون على غير ذلك فهذا أيضا من اللغو . وهو قول أبي حنيفة - اه باب من حلف و هو مظلوم ص ١٢٠ .
و أخرج في باب اللغو من الأيمان من موطئه ص ٢٦٠ : أخبرنا مالك أخبرنا هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : لغو اليمين قول =

وإذا حلف الرجل ليفعلن كذا وكذا فيما يستقبل ولم يوقت لذلك وقتا فهو على يمينه، لا تقع عليه الكفارة حتى يهلك ذلك الشيء الذي حلف عليه؛ فاذا هلك ذلك[1] حنث و[2] وجبت عليه الكفارة[3]؛ وكذلك

= الإنسان «لا والله. بلى والله» قال محمد: وبهذا نأخذ، اللغو ما حلف عليه الرجل وهو يرى أنه حق فاستبان له بعد أنه على غير ذلك فهذا من اللغو عندنا - اهـ.

(١) سقط لفظ «ذلك» من هـ.

(٢) كذا في الأصول، وفي هـ «وجبت» سقط منها الواو الأولى.

(٣) قال السرخسي في شرح المختصر تحت هذا القول: واعلم أن اليمين ثلاثة أنواع: مؤبدة لفظا ومعنى بأن يقول «والله لا أفعل كذا» أو يقول «لا أفعل» مطلقا، والمطلق فيما يتأبد يقتضي التأبيد كالبيع. وموقتة لفظا ومعنى بأن يقول «لا أفعل كذا اليوم» فيتوقت اليمين بذلك الوقت لأن موجبه الحظر او الإيجاب وذلك يحتمل التوقيت فتوقت بتوقيته، ومؤبد لفظا موقت معنى كيمين الفور إذا قال «تعال تغد معي» فقال «والله لا أتغدى» يتوقت يمينه بذلك الغداء المدعو إليه، وهذا النوع من اليمين سبق به أبو حنيفة ولم يسبق به وأخذه من حديث جابر بن عبد الله وابنه حين دعيا إلى نصرة إنسان فحلفا أن لا ينصراه ثم نصراه بعد ذلك ولم يحنثا؛ وبناه على ما عرف من مقصود الحالف وهو الأصل في الشرع أن يبتنى الكلام على ما هو معلوم من مقصود المتكلم، قال الله تعالى "واستفزز من استطعت منهم بصوتك" والمراد الإمكان والإقدار لاستحالة الأمر بالشرك والمعصية من الله تعالى؛ ثم الكفارة لا تجب إلا بعد فوت البر في اليمين المطلقة؛ وإنما يفوت البر بهلاك ذلك الشيء الذي حلف عليه أو بموت الحالف، وأما في اليمين الموقتة ففوت البر بمضي الوقت مع بقاء ذلك الشيء الذي حلف عليه ومع بقاء الحالف، وأما إذا كان الحالف قد مات قبل مضي ذلك الوقت لا تجب =

للغنا

بلغنا عن إبراهيم[١] .

و إذا حلف الرجل فقال « و رحمة الله لأفعلن كذا و كذا » أو قال « وغضب الله ، أو قال[٢]: وسخط الله ، أو قال : وعذاب الله ، أو قال : وثواب الله ، أو قال : و رضاء الله ، أو قال : و علم الله لا أفعل كذا و كذا » ثم حنث في شيء من ذلك فليس في شيء من هذا يمين و لا كفارة . ٥

و إذا حلف الرجل بالله أو باسم من أسماء الله أو قال « والله » أو « بالله » أو « تالله » أو قال[٢] « على عهد الله ؛ أو : ذمة الله » أو قال هو يهودي أو نصراني أو مجوسي ، أو : هو بريء[٣] من الإسلام ، أو : قال : أشهد أو : أشهد بالله ، أو قال : أحلف ، أو : أحلف بالله ، أو : على نذر[٤] ، أو : على نذر لله[٥] . أو : أعزم ، أو : أعزم بالله ، أو قال : على يمين ، أو : يمين لله[٦] ؛ فهذه كلها أيمان ، ١٠ و إذا حلف بشيء منها ليفعلن كذا و كذا فحنث وجبت عليه الكفارة[٧] .

= الكفارة . وإذا هلك ذلك الشيء ففيه اختلاف بين أبي حنيفة و أبي يوسف و محمد ، نبينه في موضعه إن شاء الله - اه ص ١٣١ .

(١) لم أجده ، و بلاغات الإمام كلها مسندة ، و علم الله أتم .

(٢) سقط لفظ « قال » من ه .

(٣) و في ع ، ز « او برى » .

(٤) سقط قوله « او على نذر » من ز .

(٥) و في ه « نذر الله » .

(٦) و في ه « يمين الله » و في م « يمين بالله » .

(٧) و في كتاب الأيمان من الهداية : قال (و اليمين بالله تعالى أو باسم آخر من أسماء الله تعالى كالرحمن و الرحيم أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله =

= و جلاله وكبريائه) لأن الحلف بها متعارف ، و معنى اليمين و هو القوة حاصل لأنه يعتقد تعظيم الله و صفاته فصلح ذكره حاملا مانعا ، قال (إلا قوله « و علم الله » فانه لا يكون يمينا) لأنه غير متعارف ، و لأنه يذكر و يراد به المعلوم يقال « اللهم اغفر علمك فينا » أى معلومك ، (ولو قال « و غضب الله ، و سخطه » لم يكن حالفا) و كذا « رحمة الله » لأن الحلف بها غير متعارف ، و لأن الرحمة قد يراد بها أثرها و هو المطر أو الجنة . و الغضب و السخط يراد بهما العقوبة - اه . قال ابن الهمام ٤ / ٨ من فتح القدير : (قوله « و اليمين بالله » أو باسم آخر من أسمائه) تفيد لفظة آخر أن المراد بالله اللفظ - فتأمل ، و الاسم الآخر كالرحمن و الرحيم و القدير ، و منه : و الله الذى لا إله إلا هو ، و رب السماوات و الأرض ، و رب العالمين ، و مالك يوم الدين . و الأول الذى ليس قبله شيء ، و الآخر الذى ليس بعده شيء ، و إذا قالوا فى قوله « و الطالب الغالب » إنه يمين لأنه متعارف أهل بغداد الحالف به لزم إما اعتبار العرف فيما لم يسمع من الأسماء من الكتاب والسنة فان «الطالب» لم يسمع بخصوصه بل «الغالب» فى قوله تعالى " و الله غالب على أمره " و إما كونه بناء على القول المفصل فى الأسماء ، و يفيد قوله آخر أنه لا بد من كونه اسما خاصا ، فلو قال « و اسم الله » وهو عام يقتضى أن لا يكون يمينا ، والمنقول أنه لو قال « باسم الله » ليس بيمين ؛ و فى المنتقى رواية ابن رستم عن محمد أنه يمين - فليتأمل عند الفتوى ؛ و لو قال « و باسم الله » يكون يمينا ، ذكر ذلك فى الخلاصة ، و قوله أو بصفة من صفاته التى يحلف بها عرفا قيد فى الصفة فقط ، فأفاد أن الحلف بالاسم لا يتقيد بالعرف بل هو يمين تعارفوه أو لم يتعارفوه ، و هو الظاهر من مذهب أصحابنا و هو الصحيح ، و هو قول مالك وأحمد و الشافعى فى قول ، وقال بعض مشايخنا : كل اسم لا يسمى به غير الله تعالى كالحكيم و العليم و القدير و العزيز فان أراد به يمينا فهو يمين ، و إن لم يرد به فليس يمينا ؛ و رجحه بعضهم بأنه إن كان مستعملا لله سبحانه وتعالى ولغيره لا يتعين إرادة أحدهما إلا بالنية، وأما الصفة فالمراد بها اسم المعنى الذى لا يتضمن=

ذاتا

= ذاتا ولا يحمل عليها بهو هو، كالعزة والكبرياء والعظمة. بخلاف نحو «العظيم» فقيده بكون الحلف بها متعارفا سواء كان من صفات الفعل أو الذات؛ وهو قول مشايخ ما وراء النهر، ولهذا قال محمد في قولهم «وأمانة الله»: إنه يمين، ثم سئل عن معناه فقال: لا أدري؛ لأنه رآهم يحلفون به فحكم بأنه يمين، ووجهه أنه أراد معنى: والله الأمين، فالمراد الأمانة التي تضمنتها لفظة «الأمن» كعزة الله التي هي ضمن «العزيز» ونحو ذلك، وعلى هذا فعدم كون «وعلم الله، وغضبه، وسخطه، ورحمته» يمينا لعدم التعارف. ويزداد العلم بأنه يراد به المعلوم فقول الشيخ أبي المعين في تبصرة الأدلة ان الحلف بالعلم والرحمة والغضب مشروع إن كان مراده الصفة القائمة به فليس على هذا الأصل، بل هو على محاذاة قول القائلين في الأسماء إن ما كان بحيث يسمى به الله تعالى وغيره إن أراد به الله تعالى كان يمينا وإلا لا، لجعل مثله في الصفات المجردة عن الدلالة على الذات إن أريد صفته القائمة به فهو يمين وإلا لا، لا يقال مقتضى هذا أن يجرى في قدرة الله مثله إن أريد به الصفة كان يمينا، أو المقدور على أن يراد بالمصدر المفعول أو المصدر ويكون على حذف مضاف. أي أثر قدرته لا يكون يمينا، وليس المذهب ذلك لأنا نقول: إنما اعتبر ذلك فيما لم يتعارف الحلف به، وقدرة الله الحلف بها متعارف. فينصرف إلى الحلف بلا تفصيل في الإرادة؛ ولمشايخ العراق تفصيل آخر، هو أن الحلف بصفات الذات يكون يمينا. وبصفات الفعل لا يكون يمينا. وصفات الذات ما يوصف سبحانه بها ولا يوصف بأضدادها، كالقدرة والجلال والكمال والكبرياء والعظمة والعزة. وصفات الفعل ما يصح أن يوصف بها وبأضدادها، كالرحمة والرضاء، لوصفه سبحانه بالغضب والسخط؛ وقالوا: ذكر صفات الذات كذكر الذات، وذكر صفات الفعل ليس كالذات؛ قيل: يقصدون بهذا الفرق الإشارة إلى مذهبهم أن صفات الفعل غير الله، والمذهب عندنا أن صفات الله لا هو ولا غيره، وهذا لأن الغير هو ما يصح انفكاكه بزمان أو مكان أو بوجود. ولا يخفى أن هذا اصطلاح محض لا ينبغي أن يبتنى =

محمد عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم بذلك[١] غير قوله: أعزم، أو: أعزم بالله، أو: على نذر[٢]، أو: نذر[٣] لله[٤]، أو: على يمين

= الفقه باعتباره، وظاهر قول هؤلاء إنه لا اعتبار بالعرف وعدمه بل صفة الذات مطلقا يحلف بها تعورف أولا، وصفة الفعل لا يحلف بها ولو تعورف؛ وعلى هذا فيلزم أن سمع الله وبصره وعلمه يكون يمينا على قول هؤلاء، وعلى اعتبار العرف لا يكون يمينا لأنه لا يتعارف الحلف بها وإن كان من صفات الذات، وقال بعضهم: الأسماء التي لا يسمى بها غيره كرب العالمين والرحمن ومالك يوم الدين إلى آخر ما قدمنا أول الباب: يكون الحلف بها يمينا بكل حال، وكذا الصفات التي لا تحتمل أن تكون غير صفاته كعزة الله وعظمته وجلاله وكبريائه وكلامه فينعقد بها اليمين بكل حال ولا حاجة إلى عرف فيها. بخلاف الأسماء التي تطلق على غيره تعالى كالحي والمؤمن والكريم يعتبر فيها العرف أو نية الحالف. وكذا ما يكون من صفته تعالى كعلم الله وقدرته فإنه قد يستعمل في المقدور والمعلوم اتساعا كما يقال «اللهم اغفر علمك فينا» وكذا صفات الفعل كخلقه ورزقه، ففي هذه يجرى التعليل بالتعارف وعدمه؛ و«وجه الله» يمين إلا إن أراد الجارحة - اه ص ٩.

(١) أخرجه المؤلف في كتاب الآثار في باب الأيمان والكفارات فيها ص ١٢٣: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: أقسم، وأقسم بالله، وأشهد، وأشهد بالله، وأحلف، وأحلف بالله، وعلى عهد الله، وعلى ذمة الله، وعلى نذر، وعلى نذر الله، وهو يهودي، وهو نصراني، وهو مجوسي وهو بريء من الإسلام؛ كل هذا يمين يكفرها إذا حنث؛ قال محمد: وبهذا كله نأخذ، وهو قول أبي حنيفة - اه.

(٢) سقط قوله «أو على نذر» من م.

(٣) وفي ه، م «او على نذر».

(٤) وفي ه «الله» وفي البقية «لله».

أو

أو: يمين لله[١]؛ فإن هذا ليس[٢] مما روى عن إبراهيم. وكذلك إذا[٣] قال: وعظمة الله، وعزة الله، وجلال الله، وكبرياء الله، وأمانة الله؛ فحنث وجبت عليه الكفارة.

وإذا حلف الرجل بحدّ من حدود الله أو بشيء من شرائع الإسلام من الصلاة والزكاة أو الصيام[٤] فليس فى شيء من هذا يمين ولا كفارة[٥]. ولا يكون اليمين إلا بالله، ولا يكون بغيره.　٥

وكذلك لو حلف الرجل فقال هو يأكل الميتة أو يستحل الخمر أو الدم أو لحم الخنزير[٦] أو يترك الصلاة أو الزكاة أو الصيام إن فعل كذا وكذا فليس فى شيء من هذا يمين[٧]، وليس عليه فيه كفارة إذا حنث[٨].　١٠

---

(١) وفى ه «على يمين الله».

(٢) وفى ه «فليس هذا».

(٣) وفى ه «ان» مكان «إذا».

(٤) وفى ز «والصيام».

(٥) لأنه حلف بغير الله تعالى، ولأن الحلف بهذه الأشياء غير متعارف، وقد بينا أن العرف معتبر فى اليمين - اهـ ما قاله السرخسى فى شرح المختصر ٨ / ١٣٥.

(٦) لأن هذه الحرمة ليست بحرمة تامة مصمتة حتى إنه ينكشف عند الضرورة - قاله السرخسى.

(٧) لأن ذلك يجوز عند تحقق الضرورة والعجز، فلم يكن فى معنى اليمين من كل وجه، ولو ألحق به باعتبار بعض الأوصاف لكان قياسا، ولا مدخل للقياس فى هذا الباب - قاله السرخسى فى شرح المسألة ص ١٣٥.

(٨) وفى م «اذا وجبت» تصحيف.

وكذلك لو حلف رجل فقال عليه لعنة الله ، أو قال : غضب الله ، أو قال : أمانة الله ، أو دعا على نفسه بغير ذلك ، فليس فى شىء من هذا يمين ولا كفارة إذا حنث ؛ وليس هذا بمنزلة قوله هو يهودى أو نصرانى أو مجوسى . وإذا قال الرجل عذبه الله أو أدخله[1] النار أو حرمه الله الجنة ، فليس فى شىء منها كفارة ولا يمين . إنما هذا دعاء على نفسه[2] .

ولو أن رجلا حلف بالحج والعمرة أو جعل لله على نفسه صوما أو صلاة أو صدقة أو اعتكافا أو عتقا أو هديا أو شيئا مما هو لله طاعة فحلف بذلك فحنث لم يكن عليه كفارة يمين ، ولكن عليه فى ذلك أن يصنع الذى قال[3] .

---

(١) وفى ه ، م « ادخله الله » .

(٢) قال السرخسى فى شرح المختصر ٨/١٣٤ : (ولو قال عليه لعنة الله أو غضب الله أو أمانة الله أو عذبه الله بالنار أو حرم عليه الجنة إن فعل كذا ، فشىء من هذا لا يكون يمينا إنما هو دعاء على نفسه) قال الله تعالى "ويدع الانسان بالشر دعاءه بالخير" ولأن الحلف بهذه الألفاظ غير متعارف ، وسئل محمد عمن يقول : وسلطان الله لايفعل كذا ، فقال : لا أدرى ما هذا من حلف ؛ فقد أشار إلى عدم العرف ، والصحيح من الجواب فى هذا الفصل أنه إذا أراد بالسلطان القدرة فهو يمين كقوله « وقدرة الله » ـ اه .

(٣) وفى المختصر وشرحه للسرخسى ٨/١٣٥ : (ولو جعل عليه حجة أو عمرة أو صوما أو صلاة أو صدقة أو ما أشبه ذلك مما هو طاعة إن فعل كذا ففعله لزمه ذلك الذى جعله على نفسه ، ولم يجب كفارة اليمين فيه) فى ظاهر الرواية عندنا . وقد روى عن محمد قال : إن علق النذر بشرط يريد كونه كقوله « إن شفى الله مريضى أو رد غائبى » لا يخرج عنه بالكفارة . وإن علق بشرط لا يريد =

و إذا حلف الرجل بالمشى إلى بيت الله أو إلى الكعبة أو إلى المسجد الحرام أو إلى مكة أو إلى الحرم فحنث فعليه عمرة. [1]و إن شاء حجة[1]، و إن شاء حج راكبا. و إن شاء ماشيا، و يذبح لركوبه شاة.

بلغنا عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه قال: من جعل عليه الحج ماشيا حج[2] راكبا و ذبح[3] لركوبه شاة[4]. ٥

= كونه كدخول الدار ونحوه يتخير بين الكفارة وبين عين ما التزمه، وهو قول الشافعى فى الجديد، و قد كان يقول فى القديم: يتعين عليه كفارة اليمين؛ وروى أن أبا حنيفة رجع إلى التخيير أيضا فإن عبد العزيز بن خالد الترمذى قال: خرجت حاجا فلما دخلت الكوفة قرأت كتاب النذور والكفارات على أبى حنيفة فلما انتهيت إلى هذه المسألة فقال: قف فإن من رأيى أن أرجع؛ فلما رجعت من الحج إذا أبو حنيفة قد توفى فأخبرنى الوليد بن أبان أنه رجع عنه قبل موته بسبعة أيام و قال: يتخير؛ وبهذا كان يفتى إسمعيل الزاهد، قال رضى الله عنه: وهو اختيارى أيضا لكثرة البلوى فى زماننا، وكان مذهب عمر وعائشة رضى الله عنهما أنه يخرج عنه بالكفارة، و مذهب عبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس وعبد الله بن الزبير رضى الله عنهم أنه لا يخرج عنه بالكفارة، حتى كان ابن عمر يقول: لا أعرف فى النذر إلا الوفاء - اهـ ص ١٣٦. ثم بين حجة قوله الأول فراجعها إن شئت أن تعلم تفصيل دليله.

(١-١) سقط قوله « و إن شاء حجة » من هـ.

(٢) سقط لفظ « حج » من هـ.

(٣) و فى م « يذبح »، و فى العناية ناقلا هذه العبارة عن الأصل ٤ / ٩٠ « و ذبح شاة لركوبه ».

(٤) كذا ذكره فى كتاب الآثار أيضا بلاغا قال: و لكنا نأخذ بقول على بن أبى طالب، إذا ركب أهدى هديا أو شاة يجزيه يذبحها أو يتصدق بها، ولا يأكل =

= منها شيئاً ، و يعتمر عمرة أو حجة ، ولا شيء عليه غير ذلك، وهو قول أبي حنيفة .
و أسنده في باب من جعل على نفسه المشي ثم عجز ص ٣٢٣ من موطئه : أخبرنا شعبة ابن الحجاج عن الحكم بن عتيبة عن إبراهيم النخعي عن علي كرم الله وجهه أنه قال : من نذر أن يحج ماشيا ثم عجز فليركب و ليحج و لينحر بدنة ، قال : وجاء عنه في حديث آخر « و يهدي هديا » فبهذا نأخذ ، يكون الهدي مكان المشي . وهو قول أبي حنيفة و العامة من فقهائنا - اه . و أخرج ابن أبي شيبة عن عبد الرحيم ابن سليمان عن سعيد عن قتادة عن الحسن عن علي قال : عليه المشي إن شاء ركب و أهدى ؛ عبد الرحيم و أبو خالد الأحمر عن حجاج عن الحكم (عن إبراهيم) عن علي في الرجل يجعل المشي إلى بيت الله - قال عبد الرحيم : يركب و يهريق دما ، و قال أبو خالد : يهدي بدنة - اه ٢/٨٨ الرجل والمرأة يحلفان بالمشي ولا يستطيعان .
وأخرج البيهقي في باب الهدي فيما ركب من سننه الكبرى ١٠ / ٨١ من طريق أبي العباس الأصم أنبأ الربيع قال قال الشافعي عن ابن علية عن سعيد عن قتادة عن الحسن عن علي رضي الله عنه في الرجل يحلف عليه المشي فقال : يمشي ، فان عجز ركب وأهدى بدنة - اه . و في ٣/ ٣٠٥ من نصب الراية : و روى البيهقي في المعرفة من طريق الشافعي عن ابن علية عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن الحسن عن علي في الرجل يحلف عليه المشي قال : يمشي ، فان عجز ركب وأهدى بدنة - انتهى ؛ و رواه عبد الرزاق في مصنفه : أخبرنا عبد الله عن شعبة عن الحكم عن إبراهيم عن علي فيمن نذر أن يمشي إلى البيت ، قال : يمشي فاذا أعيى ركب و يهدي جزورا - انتهى ؛ وأخرج نحوه عن ابن عمر وابن عباس وقتادة والحسن ، و روى الحاكم في المستدرك عن كثير بن شنظير عن الحسن عن عمران بن حصين قال : ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم خطبة إلا أمرنا بالصدقة و نهانا عن المثلة ؛ و قال : إن المثلة أن ينذر الرجل أن يحج ماشيا ، فمن نذر أن يحج ماشيا فليهد هديا و ليركب - انتهى ؛ و قال : حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه (قلت : وصححه الذهبي في تلخيصه) و روى أبو يعلى الموصلي في مسنده : حدثنا زهير ثنا =

و قال أبو حنيفة: هذا كله واجب عليه غير قوله المشي إلى الحرم أو إلى المسجد الحرام. و قال أبو يوسف و محمد: هذا و الأول سواء[1].

و إذا حلف الرجل بالمشي إلى بيت الله و هو ينوي مسجدا من مساجد الله سوى المسجد[2] الحرام فليس عليه في ذلك شيء، لأن المساجد كلها تُدخل بغير إحرام، و لا يدخل المسجد الحرام إلا باحرام[3]. ٥

و إذا حلف الرجل فقال: عليّ السفر إلى مكة، أو الذهاب إليها، أو الركوب إليها؛ فليس عليه شيء، و هذا و حلفه بالمشي سواء في القياس غير أني أخذت في حلفه بالمشي بالاستحسان، و لأنها أيمان الناس.

= أحمد بن عبد الوارث ثنا همام ثنا قتادة عن عكرمة عن ابن عباس أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تحج ماشية فسأل النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: إن الله عز وجل غني عن نذر أختك! لتركب ولتهد بدنة - انتهى، اه ما في نصب الراية.

(١) قال السرخسي في شرح المختصر ٨/١٣٨: إذا نذر المشي إلى الحرم كان أبو حنيفة يأخذ فيها بالقياس، وهما بالاستحسان - اه.

(٢) سقط لفظ «المسجد» من م.

(٣) قال السرخسي في شرح المختصر: (ولو حلف بالمشي إلى بيت الله وهو ينوي مسجدا من المساجد سوى المسجد الحرام لم يلزمه شيء) لأن المنوي من محتملات لفظه فالمساجد كلها بيوت الله على معنى أنها تجردت عن حقوق العباد فصارت معدة لإقامة الطاعة فيها لله تعالى، و إذا عملت نيته صار المنوي كالملفوظ به، وسائر المساجد يتوصل إليها بغير إحرام فلا يلزمه بالتزام المشي إليها شيء، ومسجد بيت المقدس ومسجد المدينة في ذلك سواء عندنا، بخلاف المسجد الحرام فانه لا يتوصل إليه إلا بالإحرام، و الملتزم بالإحرام يلزمه أحد النسكين المختص أداؤهما بالإحرام، و هو الحج أو العمرة - اه ٨/١٣٨.

و إذا حلف الرجل فقال « أنا محرم إن فعلتُ كذا و كذا » أو قال « أنا أهدى إن فعلتُ كذا و كذا » أو قال « أنا أمشي إلى بيت الله[1] إن فعلتُ كذا و كذا » و هو يريد بذلك أن لا يوجب على[2] نفسه شيئا إنما يعد من نفسه عدة فليس عليه شيء ، و إن كان يريد الإيجاب[3] على نفسه أو لم يكن له نية فعليه إذا حنث ما قال[4] ، لأن أيمان الناس هكذا هي .

و إذا حلف الرجل أن يهدى ما لا يملك فليس عليه شيء[5] .

و إذا حلف الرجل أن ينحر ما لا يحل له من ولد أو شيء غيره فليس عليه فيه شيء و إن كان يريد الإيجاب على نفسه . و قال أبو حنيفة

---

(١) و في ه، م « إلى البيت » .
(٢) و في ه « عن » مكان « على » .
(٣) و في م « يزيد الايخاف » تصحيف .
(٤) و في ه « كما قال » .
(٥) و في المختصر و شرحه للسرخسي ٨/١٣٨ : (و إذا قال : أنا أحرم إن فعلت كذا، أو : أنا محرم، أو: أهدى، أو : أمشي إلى البيت ؛ وهو يريد أن يعد من نفسه عدة و لا يوجب شيئا فليس عليه شيء) لأن ظاهر كلامه وعد فانه يخبر عن فعل يفعله في المستقبل ، و الوعد فيه غير ملزم ، و إنما يندب إلى الوفاء بما هو قربة منه من غير أن يكون ذلك دينا عليه (و إن أراد الإيجاب لزمه ما قال) لأن المنوى من محتملات لفظه ، فان الفعل الذي يفعله في المستقبل قد يكون واجبا وقد يكون غير واجب ، فاذا أراد الإيجاب فقد خص أحد النوعين بنيته ، و تعليقه بالشرط دليل على الإيجاب أيضا لأنه يدل على أنه يثبت عند وجود الشرط ما لم يكن ثابتا من قبل و هو الوجوب دون التمكن من الفعل فانه =

و محمد: عليه في ولده[1] شاة يذبحها، و ليس عليه في غير ولده[2] شيء.
و قال أبو يوسف: لا شيء عليه في ذلك[3].

= لا يختلف بوجود الشرط و عدمه (و إن لم يكن له نية) ففي القياس (لا يلزمه شيء) لأن ظاهر لفظه عدة، و لأن الوجوب بالشك لا يثبت، و في الاستحسان يلزمه ما قال لأن العرف بين الناس أنهم يريدون بها لفظ الإيجاب، و مطلق الكلام محمول على المتعارف، و التعليق بالشرط دليل الإيجاب أيضا، و إنما ذكر محمد القياس و الاستحسان في المناسك (و إذا حلف أن يهدى ما لا يملكه لا يلزمه شيء) لقوله عليه الصلاة و السلام « لا نذر فيما لا يملكه ابن آدم » و مراده من هذا اللفظ أن يقول: إن فعلت كذا فلله على أن أهدى هذه الشاة؛ و هي مملوكة لغيره، فأما إذا قال: و الله لأهدين هذه الشاة؛ ينعقد يمينه لأن محل اليمين خبر فيه رجاء الصدق و ذلك يكون الفعل ممكنا و محل النذر فعل هو قربة، و إهداء شاة الغير ليس بقربة إلا أن يريد اليمين فحينئذ ينعقد لأن في النذر معنى اليمين، حتى ذكر الطحاوى أنه لو أضاف النذر إلى ما هو معصية و عنى به اليمين بأن قال: لله تعالى علىّ أن أقتل فلانا؛ كان يمينا و يلزمه الكفارة بالحنث لقوله عليه الصلاة و السلام: النذر يمين، و كفارته كفارة اليمين - اه ص ١٣٦.

(١) و في م « ولد ».

(٢) و في م « ولد » و في ز « ذلك » مكان « ولده ».

(٣) و في المختصر و شرحه للسرخسى ٨ / ١٣٩: (و إذا قال: لله على أن أنحر ولدى - أو: أذبح ولدى؛ لم يلزمه شيء في القياس، و هو قول أبي يوسف) و الشافعى (و في الاستحسان يلزمه ذبح شاة، و هو قول أبي حنيفة و محمد) لكن إن ذكر بلفظ الهدى فذلك يختص بالحرم، و في سائر الألفاظ إما أن يذبحها في الحرم أو في أيام النحر، و وجه القياس أنه نذر بإراقة دم محقون فلا يلزمه شيء، كما لو قال: أبي أو أمي؛ و هذا لأن الفعل الذي سماه معصية و لا نذر في معصية =

= الله تعالى، ولأنه لو نذر ذبح ما يملك ذبحه ولكن لا يحل ذبحه كالحمار والبغل لا يلزمه شيء، ولو نذر ذبح ما يحل ذبحه ولكن لا يملك ذبحه كشاة الغير لا يلزمه شيء، فاذا نذر ذبح ما لا يحل ذبحه ولا يملك ذبحه أولى أن لا يلزمه شيء؛ وجه الاستحسان ما روى أن رجلا سأل ابن عباس رضي الله عنهما عن هذه المسألة، فقال: أرى عليك مائة بدنة؛ ثم قال: ائت ذلك الشيخ فسأله ـ وأشار إلى مسروق ـ فسأله فقال: أرى عليك شاة! فأخبر بذلك ابن عباس رض الله عنهما فقال: وأنا أرى عليك ذلك؛ وفي رواية عن ابن عباس أنه أوجب فيه كفارة اليمين، وعن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه أوجب فيه بدنة أو مائة بدنة، وسألت امرأة عبد الله بن عمر فقالت: إني جعلت ولدي نحيرا! فقال: أمر الله بالوفاء بالنذر، فقالت: أتأمرني بقتل ولدي! فقال: نهى الله عن قتل الولد، وإن عبد المطلب نذر إن تم له عشرة بنين أن أذبح عاشرهم، فتم له ذلك بعبد الله أبي رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأقرع بينه وبين عشر من الإبل فخرجت القرعة عليه فما زال يزيد عشرا عشرا والقرعة تخرج عليه حتى بلغت الإبل مائة فخرجت القرعة عليها ثلاث مرات، فنحر مائة من الإبل؛ والصحابة رضوان الله عليهم اتفقوا على صحة النذر واختلفوا فيما يخرج به، فاستدللنا بإجماعهم على صحة النذر، لأن من الإجماع قول بعض الكبار منهم ولا يظهر خلاف ذلك، ولا شك أن رجوع ابن عباس إلى قول مسروق قد اشتهر ولم يظهر من أحد خلاف ذلك. والذى روى عن مروان: أخطأ الفتيا لا نذر في معصية الله، شاذ لا يلتفت إليه فان قول مروان لا يعارض قول الصحابة؛ مع أن الإجماع لا يعتبر فيما يكون مخالفا للقياس، ولكن قول الواحد من فقهائهم فيما يخالف القياس حجة يترك به القياس لأنه لا وجه لحمل قوله إلا على السماع ممن ينزل عليه الوحي، ثم أخذنا بفتوى ابن عباس ومسروق في إيجاب الشاة لها لأن هذا القدر متفق عليه فان من أوجب بدنة أو أكثر فقد أوجب الزيادة، ولأن من أوجب الشاة فانما أوجبها استدلالا بقصة الخليل صلوات الله عليه. ومن أوجب =

مائة

= مائة من الإبل فانما أوجبها استدلالا بفعل عبد المطلب ، و الأخذ بفعل الخليل صلوات الله عليه أولى من الأخذ بفعل عبد المطلب ، و هو الاستدلال الفقهى فى المسألة ، فان الشاة محل لوجوب ذبحها بايجاب ذبح مضاف إلى الولد فكأن إضافة النذر بالذبح الى الولد بهذا الطريق كالإضافة إلى الشاة فيكون ملزمة ، و بيانه أن الخليل صلوات الله و سلامه عليه أمر بذبح الولد كما أخبر به ولده فقال الله تعالى مخبرا عنه " انى ارى فى المنام انى اذبحك " أى أمرت بذبحك ، بدليل أن ابنه قال فى الجواب " يا ابت افعل ما تؤمر " ولأنهما اعتقدا الأمر بذبح الولد حيث اشتغلا به فأقر عليه ، و تقرير الرسل على الخطأ لا يجوز ، خصوصا فيما لا يحل العمل فيه بغالب الرأى من إراقة دم نبى ؛ ثم وجب عليه بذلك الأمر ذبح الشاة لأن الله تعالى قال " و ناديناه ان يا ابرٰهيم قد صدقت الرؤيا " أى حققت ؛ و إنما حقق ذبح الشاة فلا يجوز أن يقال : إنما سماه مصدقا رؤياه قبل ذبح الشاة ! لأن فى الآية تقديما و تأخيرا ، معناه : و فديناه بذبح عظيم و ناديناه ان يا ابراهيم ؛ وهذا لأن قبل ذبح الشاة إنما أتى بمقدمات ذبح الولد من تله للجبين و امراره السكين على حلقه . و به لم يحصل الامتثال لأنه ليس بذبح ، ولأنه لو حصل الامتثال به لم تكن الشاة فداء ؛ ولا يجوز أن يقول : وجوب الشاة بأمر آخر ! لأن إثبات أمر آخر بالرأى غير ممكن ، ولأنه حينئذ لا يكون فداء و الله تعالى سمى الشاة فداء ، على أنه دفع مكروه الذبح عن الولد بالشاة وهذا إذا كان وجوب الشاة بذلك الأمر ؛ ولا يجوز أن يقال : وجب عليه ذبح الولد بدليل أنه اشتغل بمقدماته و إنما كانت الشاة فداء عن ولد وجب ذبحه و هذا لا يوجد فى النذر ، و هذا لأنه ما وجب عليه ذبح الولد حتى جعلت الشاة فداء ، إذ لو كان واجبا لما تأدى بالفداء مع وجود الأصل فى يده ، ولأن الولد كان معصوما عن الذبح و قد ظهرت العصمة حسا على ما روى أن الشفرة كانت تنبو و تنفل و لا تقطع ، و بين كونه معصوما عن الذبح و بين كونه واجب الذبح منافاة فعرفنا أنه ما وجب ذبح الولد بل أضيف الإيجاب إليه على أن ينحر =

= الوجوب بالشاة، و فائدة هذه الإضافة الابتلاء فى حق الخليل عليه السلام بالاستسلام و إظهار الطاعة فيما لا يضطلع فيه أحد من المخلوقين. وللولد بالانقياد والصبر على مجاهدة بذل الروح إلى مكاشفة الحال، وليكون له ثواب أن يكون قربانا لله تعالى كما قال النبي صلى الله عليه وسلم «أنا ابن الذبيحين» وما ذبحا بل أضيف إليهما ثم فديا بالقرابين؛ ولا يقال: قد وجب ذبح الولد ثم تحول وجوب ذبح الولد إلى الشاة بانتساخ المحلية فتكون الشاة واجبة بذلك الأمر، كالدين يحال من ذمة إلى ذمة فيفرغ المحل الأول منه بعد الوجوب فيه فيكون واجبا فى المحل الثانى بذلك السبب، و هذا لأن الوجوب فى المحل لا يكون إلا بعد صلاحية المحل له وبعد ذلك، وإن تحول إلى محل آخر يبقى المحل الأول صالحا لمثله، كالدين إذا حول من ذمة إلى ذمة، و لم يبق الولد محلا صالحا لذبح هو قربان، فعرفنا أنه لم يكن محلا وأن وجوب بحكم ذلك الإيجاب حل بالشاة من حيث أنه يقدم على الولد فى قبول حكم الوجوب و لهذا سمى فداء؛ نظيره من الحياة أن يرمى إلى إنسان فيفديه غيره بنفسه من حيث أن يتقدم عليه لينفذ السهم فيه، لا أن يتحول إليه بعد ما وصل إلى المحل ويقول لغيره: فدتك نفسى عن المكاره؛ و المراد هذا و من الشرعيات الخف مقدم على الرجل فى قبول حكم الحدث لا أن يتحول إلى الخف ما حل بالرجل من الحدث، ولو سلمنا أنه وجب ذبح الولد فانما كان ذلك لغيره وهو الفداء لا لعينه و لهذا صار محققا رؤياه بالفداء، و فى مثل هذا إيجاب الأصل فى حال العجز عنه يكون إيجابا للفداء، كالشيخ الفانى إذا نذر الصوم يلزمه الفداء لأن وجوب الصوم عليه شرعا لغيره وهو الفداء لا لعينه فانه عاجز عنه؛ وذكر الطبرى فى تفسيره أن الخليل عليه السلام كان نذر الذبح لأول ولد يولد له ثم نسى ذلك فذكر فى المنام؛ فان ثبت هذا فهو نص لأن شريعة من قبلنا تلزمنا ما لم يظهر ناسخه، خصوصا شريعة الخليل صلوات الله عليه، قال الله تعالى "فاتبع ملة ابرٰهيم حنيفا"؛ فأما إذا نذر بذبح عبده فمحمد رحمه الله أخذ فيه بالاستحسان أيضا، و قال أيضا: يلزمه ذبح =

و إذا حلف الرجل يهدى ثم حنث و لم يكن له نية فعليه أن يهدى ما تيسر من الهدى شاة ؛ و إن شاء زاد على ذلك فجعلها بقرة أو جزورا فهو أفضل .

و إذا حلف الرجل ببدنة فحنث فعليه إن شاء بقرة ، و إن شاء جزور .

و إذا حلف الرجل[1] بالنذر و هو ينوى بذلك حجا أو عمرة أو عتقا أو صلاة أو شيئا من طاعة الله تعالى فعليه[2] ذلك الذى حلف عليه و نواه و لا يكون عليه غيره . و إن لم تكن له نية فعليه[3]

= الشاة لأن العبد كسبه و ملكه فاذا صح إضافة النذر إلى الولد لكونه كسبا و إن لم يكن ملكا له ، فلأن يصح إضافته إلى كسبه و هو ملكه أولى ؛ وأبو حنيفة رحمه الله أخذ بالقياس فقال : لايلزمه شىء لأن جعل الشاة فداء عن الولد لكرامة الولد ، و العبد فى استحقاق الكرامة ليس بنظير الولد ، ولامدخل للقياس فى هذا الباب ؛ وإن نذر ذبح ابن ابنه ففيه روايتان عن أبى حنيفة ، فى إحدى الروايتين: لايلزمه شىء ، و هو الأظهر لأن ابن الابن ليس نظير الابن من كل وجه ، و لا مدخل للقياس فى هذا الباب ؛ و فى الرواية الأخرى قال: يلزمه لأنه مضاف إليه بالبنوة كالابن ، و هو فى معنى الكرامة كالابن فى حقه ؛ و إن أضاف النذر إلى أبيه أو أمه لايلزمه شىء فى الفصيح من الجواب لأنه لا ولاية له عليهما ، وهما كالأجانب فى حقه فى حكم النذر بالذبح ؛ و فى الهارونيات يشير إلى أنه يلزمه ذبح الشاة ، و كأنه اعتبر أحد الطرفين بالطرف الآخر، ثم قد بينا الفرق فى المناسك بين النذر بالهدى والبدنة والجزور ـ اه ص ١٤٢ .

(١) من قوله « ببدنة » س ٤ ساقط من ه .

(٢) و فى ه ، م « فحنث فعليه » .

(٣) و فى ز « فعليه فيه » .

كفارة يمين[١] . و إن حلف على معصية بالنذر فعليه فيه كفارة يمين[٢] ، ألا ترى أن الله عز و جل قد فرض الكفارة فى الظهار و قد جعله الله منكرا من القول و زورا ، و قد بلغنا عن النبى صلى الله عليه و سلم أنه قال : من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير و ليكفر

٥ عن يمينه[٣] .

---

(١) لقوله صلى الله عليه و سلم : النذر يمين ، وكفارته كفارة يمين ؛ ولأنه التزام بحق الله ، و الحلف فى مثله يوجب والكفارة ساترة للذنب - قاله السرخسى فى شرح المختصر ص ١٤٢ .

(٢) و قال الشعبي : لا شيء عليه ، لأن المعاصى لا تلتزم بالنذر ، و الكفارة خلف عن البر الواجب باليمين أو الوفاء الواجب بالنذر و ذلك لا يوجد بالمعصية ، و حكى أن أبا حنيفة دخل على الشعبى و سأله عن هذه المسألة ، فقال : لا شيء عليه لأن المنذور معصية ، فقال أبو حنيفة : أليس أن الظهار معصية و قد أمر الله بالكفارة فيه ! فتحير الشعبي و قال : أنت من الآرائيين - اه ما قاله السرخسى فى شرح هذا القول من شرحه للمختصر ص ١٤٢ . قلت : و أخرجه ابن خسرو فى مسنده من طريق محمد بن الهيثم عن الإمام عن الشعبي فقال فيه « أ قياس أنت » مكان قوله « أنت من الآرائيين » راجع جامع المسانيد ٢/ ٢٥٥ .

(٣) أخرجه المؤلف فى باب من حلف أو نذر فى معصية ص ٣٢٥ من موطئه : أخبرنا مالك أخبرنا سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال : من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه و ليفعل ؛ (قلت : كذا فى نسخ الكتاب ، و فى رواية يحي : و ليفعل الذى هو خير - ص ١٨٠) قال محمد : و بهذا نأخذ ، و هو قول أبى حنيفة . قلت : و الحديث هذا معروف أخرجه مسلم عن أبى هريرة ، و أخرج البخارى و مسلم عن عبد الرحمن بن سمرة قال قال لى النبي صلى الله عليه وسلم : يا عبد الرحمن ! =

و إذا

و إذا حلف الرجل بالنذر و هو ينوى صياما و لا ينوى عددا منه فعليه إطعام عشرة مساكين كل مسكين ربعين بالحجاجى من حنطة ١ .

و لا ينبغى للرجل أن يحلف فيقول « و أبيك و أبى » فانه بلغنا عن النبى صلى الله عليه و سلم أنه نهى عن ذلك٢ ، و نهى عن الحلف بحدّ من حدود الله و عن الحلف بالطواغيت ٣ . ٥

= إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فأت الذى هو خير و كفر عن يمينك - راجع نصب الراية ٤ / ٢٩٦ - ٢٩٧ .

(١) قال السرخسى فى شرح المختصر ٢ / ١٤٢ : و كذلك إذا نوى صدقة و لم ينو عددا فعليه إطعام عشرة مساكين لكل مسكين صاع من حنطة ، اعتبارا لما يوجبه على نفسه بما أوجب الله تعالى عليه من إطعام عشرة مساكين فى كفارة اليمين ، و قد بينا هذه الفصول فى المناسك - اه ص ١٤٣ .

(٢) أخرج المؤلف فى موطئه ص ٣٢٥ : أخبرنا مالك أخبرنا نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه و سلم سمع عمر بن الخطاب و هو يقول « لا و أبى » فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم : إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله ثم ليبرر أو ليصمت ؛ قال محمد : و بهذا نأخذ ، لا ينبغى لأحد أن يحلف بأبيه ، فمن كان حالفا فليحلف بالله ثم ليبرر أو ليصمت - اه . و أخرجه ابن أبى شيبة بطرق متعددة ، و الحديث معروف أخرجه البخارى و غيره .

(٣) أخرج البيهقى من طريق أحمد بن عبيد الله النرسى ثنا يزيد بن هارون أنبأ هشام ابن حسان عن الحسن عن عبد الرحمن بن سمرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت - اه ١٠ / ٢٩ . وأخرج مسلم فى ٢ / ٤٦ من صحيحه : وحدثنا أبو بكر بن أبى شيبة قال نا عبد الأعلى =

= عن هشام عن الحسن عن عبد الرحمن بن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا تحلفوا بالطواغى ولا بآبائكم - اه. وأخرجه ابن أبي شيبة في ٢ / ١٧٩ من مصنفه أيضا عن عبد الأعلى عن هشام عن الحسن عن عبد الرحمن ابن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغى؛ وأخرجه عن يزيد بن هارون عن ابن عون عن القاسم قال: لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغى - اه ١٨٠ موقوفا. وأخرجه البزار والطبرانى فى الكبير عن سمرة: لا تحلفوا بالطواغيت ولا تحلفوا بآبائكم واحلفوا بالله؛ زاد الطبرانى: واحلفوا بالله فان الأحب إليه أن تحلفوا به ولا تحلفوا بحلف الشيطان - ذكره فى ٤ / ١٧٧ من مجمع الزوائد؛ قال الهيثمى: وفى إسناد الطبرانى مساتير وإسناد البزار ضعيف. قلت: كذا فى النسخة المطبوعة، ولعل الصواب «عبد الرحمن ابن سمرة» فسقط من الأصل اسمه وبقى اسم أبيه لأنه هو راوى الحديث، وقوله «أحب إليه» لعل الصواب «الأحب إليه». قلت: قال النووى فى شرح الحديث ناقلا عن أهل اللغة والغرائب: الطواغى هى الأصنام، واحدها: طاغية، ومنه «هذه طاغية دوس» أى صنمهم ومعبودهم، سمى باسم المصدر لطغيان الكفار بعبادته لأنه سبب طغيانهم وكفرهم، وكلما جاوز الحد فى تعظيم غيره فقد طغى، فالطغيان المجاوزة للحد، ومنه "لما طغى الماء" أى جاوز الحد؛ وقيل: يجوز أن يكون المراد بالطواغى هاهنا من طغى فى الكفر وجاوز القدر المعتاد فى الشر وهم عظماؤهم؛ وروى هذا الحديث فى غير مسلم «لا تحلفوا بالطواغيت» وهو الصنم ويطلق على الشيطان أيضا؛ ويكون الطاغوت واحدا وجمعا ومذكرا ومؤنثا، قال الله تعالى "واجتنبوا الطاغوت ان يعبدوها" وقال الله تعالى "يريدون ان يتحاكموا الى الطاغوت وقد امروا ان يكفروا به" - اه ٢/٤٦ من شرحه لصحيح مسلم. قلت: لم أجد قوله: ونهى عن الحلف بحد من حدود الله تعالى.

ولو أن رجلا قال « إن كلمت فلانا فعليّ يمين ، أو : عليّ نذر ، أو حلف بشيء مما ذكرت لك من الأيمان وقال في ذلك « إن شاء الله » فوصلها باليمين ثم كلمه لم يكن عليه كفارة ولا حنث .

قال محمد : أخبرنا بذلك أبو حنيفة عن القاسم عن أبيه عن عبد الله ابن مسعود [1] ؛ وذكر [2] عبد الله [3] عن نافع عن ابن عمر [4] .　٥

وأبو حنيفه عن حماد عن إبراهيم وغيرهم أنهم قالوا : من حلف على يمين وقال « إن شاء الله » فقد استثنى ، ولا حنث عليه ولا كفارة [5] .

(١) رواه في آثاره : أخبرنا أبو حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال : من حلف على يمين فقال « إن شاء الله » فقد استثنى - اه باب الاستثناء في اليمين ص ١٢٣ .

(٢) وفي هـ « ذكرت » تحريف ، والصواب « ذكر » .

(٣) كذا في الأصول ، ولعل الصواب « أبو عبد الله » أي مالك الإمام لأنه رواه عنه كما سيأتي .

(٤) أخرجه في باب الاستثناء في اليمين من موطئه ص ٣٢٤ : أخبرنا مالك حدثنا نافع أن عبد الله بن عمر قال : من قال « والله » ثم قال « إن شاء الله » ثم لم يفعل الذي حلف عليه لم يحنث ؛ قال محمد : وبهذا نأخذ ، إذا قال « إن شاء الله » ووصلها بيمينه فلا شيء عليه ، وهو قول أبي حنيفة - اه .

(٥) أخرجه في باب الاستثناء في اليمين من آثاره ص ١٢٣ : أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال : من حلف على يمين فقال « إن شاء الله » فقد خرج عن يمينه ، أخبرنا أبو حنيفة قال حدثنا عبيد الله عن سعيد بن جميل عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : من حلف على يمين فقال « إن شاء الله » فلا حنث عليه ، قال محمد : فبهذا كله نأخذ ، وهو قول أبي حنيفة في الأيمان كلها إذا كان قوله « إن =

و بلغنا عن عبد الله بن عباس أنه قال : من حلف على يمين فاستثنى ففعل الذى حلف عليه فلا حنث عليه و لا كفارة[1] ؛ قال : و كذلك قال العبد الصالح[2] ﴿ ستجدنى إن شآء الله صابرا و لا أعصى لك أمرا ﴾ فلم يصبر و لم يؤمر بالكفارة .

= شاء الله » موصولا بكلامه قبل كلامه أو بعد كلامه ـ اه .

(١) لم أجده موقوفا عليه بهذا اللفظ ، و أخرج الحافظ طلحة بن محمد و القاضى عمر ابن الحسن الأشنانى و ابن خسرو من طريقه عن سعيد بن أبى الجهم عن أبى حنيفة عن عتبة بن عبد الله عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهم أنهما قالا : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من حلف على يمين فقال « إن شاء الله تعالى » فقد استثنى . و ذكر الزيلعى فى كتاب الطلاق فى ج ٣ ص ٢٣٥ من نصب الراية : قال حديث آخر أخرجه ابن عدى فى الكامل عن إسحاق بن أبى نجيح الكعبى عن عبد العزيز بن أبى رواد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قال لامرأته « أنت طالق إن شاء الله » أو لغلامه « أنت حر » أو قال « علىّ المشى إلى بيت الله إن شاء الله » فلا شىء عليه ـ انتهى ؛ و هو معلول بإسحاق الكعبى ـ الخ ؛ و قال الزيلعى : أثر آخر أخرجه الطبرانى فى معجمه الأوسط و الصغير عن ابن أبى نجيح عن مجاهد عن ابن عباس فى قوله تعالى " و اذكر ربك اذا نسيت " قال : إذا شئت الاستثناء فاستثن إذا ذكرت . وهى لرسول الله صلى الله عليه وسلم و ليس لنا أن نستثنى إلا بصلة اليمين ـ انتهى ٣ / ٣٠٣ من كتاب الأيمان ، و هذا موقوف .

(٢) أى سيدنا موسى كليم الله ـ على نبينا وعليه الصلاة و السلام ، المذكور فى سورة الكهف فى محاورته مع العبد الصالح .

وكذلك[1] بلغنا عن عطاء وطاوس وإبراهيم أنهم قالوا: من حلف بعتق أو طلاق فقال « إن شاء الله » لم يقع الطلاق[2]. وكذلك لو قال « إلا أن أرى غير ذلك » أو قال « إلا أن يبدو لى »[3] أو « إلا أن أرى خيرا من ذلك »[4].

(١) سقط قوله « وكذلك » من م.

(٢) لم أجد من أخرج قول عطاء وطاوس، وأما قول إبراهيم فأخرجه الإمام محمد فى باب الاستثناء فى الطلاق ص ٩٠ من آثاره: أخبرنا أبو حنيفة قال حدثنا حماد عن إبراهيم فى رجل قال لامرأته « أنت طالق ثلاثا إن شاء الله » قال: ليس بشىء، ولا يقع عليها الطلاق. قال محمد: وبه نأخذ وهو قول أبى حنيفة. وأخرجه فى باب الاستثناء فى اليمين من آثاره ص ١٢٤: أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم فى رجل قال لامرأته « أنت طالق إن شاء الله » قال: ليس بشىء ولا يقع عليها الطلاق، قال محمد: وبهذا نأخذ، إذا كان استثناؤه موصولا بيمينه قدمه أو أخره، وهو قول أبى حنيفة رضى الله عنه؛ وقد ذكرته قبل.

(٣) وفى هـ « يبدوا الى » وليس بصواب.

(٤) وفى المختصر وشرحه للسرخسى ٨ـ ١٤٣: (وإذا حلف على يمين أو نذر وقال « إن شاء الله » موصولا فليس عليه شىء) عندنا، وقال مالك: يلزمه حكم اليمين والنذر لأن الأمور كلها بمشية الله تعالى ولا يتغير بذكره حكم الكلام (ولكن نستدل بقوله تعالى " ستجدنى إن شاء الله صابرا " ولم يصبر ولم يعاتبه بذلك) والوعد من الأنبياء عليهم السلام كالعهد من غيرهم، وقال النبى صلى الله عليه وسلم: من استثنى فله ثنياه؛ وعن ابن مسعود وابن عمر وابن عباس رضى الله عنهم موقوفا عليهم ومرفوعا: من حلف على يمين وقال « إن شاء الله » فقد استثنى ولا حنث عليه؛ إلا أن ابن عباس كان يجوز الاستثناء =

و إذا حلف الرجل على يمين فحنث فيها فعليه أى الكفارات شاء: إن شاء أعتق، و إن شاء أطعم عشرة مساكين. و إن شاء كسى عشرة مساكين؛ و إن لم يجد شيئا من ذلك فعليه الصيام ثلاثة أيام متتابعات[1].

= و إن كانت مفصولا، لقوله تعالى "و اذكر ربك اذا نسيت" يعني إذا نسيت الاستثناء موصولا فاستثن مفصولا، و لسنا نأخذ بهذا فان الله تعالى بين حكم الزوج الثاني بعد التطليقات الثلاث، و لو كان الاستثناء المفصول صحيحا لكان المطلق يستثني إذا ندم و لا حاجة إلى المحلل! و في تصحيح الاستثناء مفصولا إخراج العقود كلها من البيوع و الأنكحة من أن تكون ملزمة، قال: و إلى هذا أشار أبو حنيفة حين عاتبه الخليفة (أى المنصور) فقال: ابلغ من قدرك أن تخالف جدى! قال: ففيم يا أمير المؤمنين؟ قال: فى الاستثناء المفصول، قال: إنما خالفته مراعاة لعهودك فاذا جاز الاستثناء المفصول فبارك الله فى عهودك إذن فانهم يبايعونك و يحلفون ثم يخرجون فيستثنون فلا يبقى عليهم لزوم طاعتك! فندم الخليفة و قال: استر هذا عليّ؛ و تأويل قوله تعالى "و اذكر ربك اذا نسيت" أى إذا لم تذكر «إن شاء الله» فى أول كلامك فاذكره فى آخر كلامك موصولا بكلامك (قلت مذهب ابن عباس هذا معروف مشهور عنه وقدمر فى تعليق المسألة الذى ذكرته قبل أن ابن عباس قائل للنبى صلى الله عليه و سلم بالاستثناء المفصول لا لغيره فراجعه وحقق المسألة)؛ ثم الاستثناء مبطل للكلام و مخرج له من أن يكون عزيمة فى قول أبى حنيفة ومحمد، و فى قول أبى يوسف هو بمعنى الشرط، وقد بينا هذا فيما أمليناه من أيمان الجامع - اه. أى بيناه فى شرح أيمان الجامع الكبير.

(١) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٤٤: (و إن لم يجد شيئا من ذلك فعليه صيام ثلاثة أيام متتابعة) عندنا، و هو بالخيار عند الشافعى إن شاء تابع وإن شاء فرق، لأن الصوم مطلق فى قوله تعالى "فصيام ثلاثة ايام" و لكنا =

بلغنا عن إبراهيم النخعي أنه قال: كل شيء في القرآن «أو، أو» فهو بالخيار: إن شاء أعتق رقبة، وإن شاء كسى، وإن شاء أطعم ١ .

= نشترط صفة التتابع بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه " ثلاثة ايام متتابعة " وقد بينا هذا في كتاب الصوم، فيحتاج إلى الفرق بين هذا وبين صدقة الفطر؛ فقد ورد هناك حديثان، أحدهما قوله عليه الصلاة والسلام «أدوا عن كل حر وعبد» والثاني قوله «أدوا عن كل حر وعبد من المسلمين» ثم لم يحمل المطلق على المقيد حتى أوجبنا صدقة الفطر عن العبد الكافر، وهذا لأن المطلق والمقيد هناك في السبب ولا منافاة بين السببين فالتقييد في أحد الحديثين لا يمنع بقاء حكم الإطلاق في الحديث الآخر، بناء على أصلنا أن التعليق بالشرط لا يقتضي نفي الحكم عند عدم الشرط، وهناك المطلق والمقيد في الحكم وهو الصوم الواجب في الكفارة، وبين التتابع والتفريق منافاة في حكم واحد، ومن ضرورة ثبوت صفة التتابع بقراءة ابن مسعود رضي الله عنه أن يبقى مطلقا - اه . قلت: وفي قراءة أبيّ أيضا " متتابعات " ذكره في نصب الراية قال: وأما حديث أبيّ فأخرجه الحاكم في المستدرك في تفسير سورة البقرة عن أبي جعفر الرازي عن الربيع بن أنس عن أبي العالية عن أبي بن كعب أنه كان يقرأ " فصيام ثلثة ايام متتابعات " وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه - انتهى ٣/ ٢٩٦ .

(١) أخرجه الإمام محمد في باب الخيار في الكفارة والذى يجعل ماله في المسكين من آثاره ص ١٢٤ : أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: ما كان في القرآن من قوله «او، او» فصاحبه فيه بالخيار أيّ ذلك شاء فعل، يعني في الكفارة؛ قال محمد: وبه نأخذ. ومن ذلك قوله تعالى في كفارة اليمين " إطعام عشرة مسٰكين من اوسط ماتطعمون اهليكم اوكسوتهم اوتحرير رقبة " فأى ذلك الكفارات كفر بها يمينه أجزاه ذلك، ولايجزيه الصوم ما دام يجد بعض هذه الكفارات لأن الله تعالى يقول " فمن لم يجد فصيام ثلٰثة ايام " ولم يخيره في الصوم كما خيره =

و العتق فى كفارة اليمين تحرير رقبة، يجزى[1] فيها الصغير و الكبير و الكافر و المسلم[2]، لأن الله تعالى لم يسم فى ذلك رقبة[3] مؤمنة. و يجوز فيه الأعور[4]، و الأقطع إذا كان أقطع إحدى اليدين و إحدى[5] الرجلين. و لا يجزى فى ذلك الأعمى. و لا المقطوع اليدين أو الرجلين[6]، ٥ و لا[7] المعتوه المغلوب الذى لا يعقل، و لا الأخرس، و لا أشل اليدين يابستين لا ينتفع[8] بهما، و لا أشل الرجلين إذا كان كذلك، و لا المقعد. و لا تجزى[9] فيه أم الولد، و لا المدبر، و لا يجزى المكاتب الذى قد أدى بعض مكاتبته[10]؛ فان[11] كان لم يؤد شيئا من مكاتبته[10] ثم أعتق فى ذلك أجزى عنه

= فى غيره. و هذا قول أبى حنيفة رضى الله عنه ـ اه. قلت: قوله «او، او» مكررا فى نسخة الآستانة و هو الصواب، و فى الهندية «او» غير مكرر.

(١) كذا فى ز، و فى ع، ه «تجزى» و هو فى م غير منقوط.

(٢) سقط لفظ «مسلم» من م.

(٣) و فى ه «شىء رقبة» تحريف.

(٤) و فى ز «و يجوز الأعور».

(٥) و فى ه، م «أو إحدى».

(٦) سقط قوله «أو الرجلين» من ع.

(٧) و فى ع «او لا».

(٨) كذا فى م، ز، ه؛ و فى ع «و لا ينفع».

(٩) و فى ه «و لا يجزى».

(١٠) و فى ه «كتابته».

(١١) و فى ه «و ان».

و لو

و لو أن عبدا بين اثنين أعتقه أحدهما فى كفارة اليمين ضمن[1] لشريكه حصته لم يجز[2] ذلك عنه لأنه كان بينه و بين آخر[3]. ألا ترى أن شريكه إن شاء أعتق حصته، و إن شاء استسعى فى نصف قيمته.

و لو أن العبد كان له كله أجزى[4] عنه. و قال أبو يوسف و محمد: إذا أعتق عن يمينه[5] عبد و هو بينه و بين آخر، هو معسر فسعى العبد ٥ للآخر لم يجزه فى الكفارة. و إن كان المعتق غنيا ضمن حصة[6] شريكه، و أجزاه فى الكفارة. و لا يجزيه فى قول أبى حنيفة فى الوجهين فى الكفارة.

و لو أن رجلا اشترى أباه أو أمه أو ذا رحم[7] محرم منه ينوى بذلك أن يعتقه[8] فى كفارة يمين أو ظهار: عتق، و أجزى[9] عنه. ١٠

و كذلك إن قال «إن اشتريت فلانا فهو حر عن يمينى» ثم اشتراه عتق، و أجزى عنه[10].

(١) و فى ه «فمن» تصحيف، و سقط اللفظ من م.
(٢) و فى ه «ثم يجزى» تصحيف.
(٣) و فى ه «الاخر».
(٤) و فى م «اجزاه» تحريف.
(٥) و فى ه «نفسه» تصحيف «يمينه».
(٦) و فى ه «حصته» تصحيف.
(٧) و فى م «ذات رحم».
(٨) و فى ه «نصفه».
(٩) و فى ه «اجزاه».
(١٠) و فى ه «عتق عنه و أجزاه».

و لو أن رجلا طلب إلى رجل أن يعتق عنه عبده فى كفارة يمينه على شيء قد سماه له و جعله له ففعل ذلك أجزى عنه . و لو قال « أعتقه عنى فى كفارة يمينى بغير شيء » فأعتقه عنه كان فى هذا قولان : أحدهما قول أبى يوسف : إن العتق يجزى عن المعتق عنه ، و يكون الولاء له .
٥ و القول الآخر قول أبى حنيفة و محمد : إن العتق عن الذى أعتق ، و الولاء له ، و لا يجزى العتق عن المعتق عنه . و القول الأول أحبهما إلى أبى يوسف . و قال محمد : قول أبى حنيفة أحب إلىّ ؛ و قال أبو يوسف : إنما هذا بمنزلة طعام طلب إليه أن يطعم عنه[1] ، فكذلك العتق[2] .

و لو أن رجلا أعتق نصف عبده[3] فى كفارة يمينه و أطعم[4] خمسة
١٠ مساكين لم يجز ذلك عنه . لأن هذا ليس بطعام تام و لا عتق تام[5] .

---

(١) سقط لفظ « عنه » من م .

(٢) قال السرخسى فى شرحه للمختصر : (و يجوز فى كفارة اليمين من الرقاب ما يجزى فى كفارة الظهار) و الحكم فى هـذه الرقبة مثل الحكم فى تلك الرقبة سواء ، على ما ذكرنا فى باب الظهار - اه ٨ / ١٤٤ . قلت : لم يذكر الحاكم هذه المسألة التى تتعلق بتحرير رقبة هنا ، و قطعها احتنابا عن التكرار كما هى عادته ، لأنها كلها ذكرت فى الظهار فلم يعدها هنا ؛ فارجع إليها إن شئت أن تقف على شرحها . و لكن الظهار مؤخر فى كتاب الأصل من الأيمان و يأتى بعد - فتنبه .

(٣) و فى هـ « عبد » .

(٤) كذا فى هـ ، م ؛ و فى ع ، ز « أو أطعم » .

(٥) سقط قوله « و لا عتق تام » من الأصل . موجود فى بقية الأصول . قال السرخسى فى شرح المختصر : (رجل أعتق نصف عبده عن يمينه و أطعم خمسة =

و لو أن رجلا حنث و هو معسر فأخر الصوم حتى أصاب عبدا لم يجز عنه الصوم، لأنه يجد ما يعتق[1].

= مساكين فذلك لايجزئ عنه) و هذا عند أبي حنيفة ، فأما عندهما العتق لا يتجزى، و يتأدى الواجب بالعتق عندهما ، و عند أبي حنيفة العتق يتجزى . و الواجب هو إعتاق رقبة أو إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم و لم يوجد ذلك لأن نصف الرقبة ليس برقبة ، ولو جوزنا هذا كان نوعا رابعا فيما يتأدى به الكفارة و إثبات مثله بالرأي لايجوز ، وهذا بخلاف ما لو أطعم كل مسكين مدا من بر و نصف صاع من شعير لأن التقدير في الطعام غير منصوص عليه في القرآن ، و إثبات ذلك لمعنى حصول كفاية المسكين به في يومه . وفي ذلك لا يفترق الحال بين الأداء من نوع واحد و من نوعين ، و هنا الرقبة في التحرير و عشرة مساكين في الإطعام منصوص عليه، ولو جوزنا النصف من كل واحد منهما كان إخلالا بالمنصوص عليه وذلك لايجوز - اه ما قاله السرخسي ٨ / ١٤٤ .

(١) و في المختصر و شرحه للسرخسي ص ١٤٤ : (وإن حنث و هو معسر و أخر الصوم حتى أيسر لم يجزه الصوم) هكذا نقل عن ابن عباس و إبراهيم النخعي رضي الله عنهم إذا صام المكفر يومين ثم وجد في اليوم الثالث ما يطعم أو يكسو لم يجزه الصوم ، و عليه الكفارة بالإطعام أو الكسوة لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل ، كالمعتدة بالأشهر إذا حاضت ، و المتيمم إذا أبصر الماء قبل أداء الصلاة ؛ و هذا لأن الله تعالى شرط عدم الوجود بقوله " فمن لم يجد " و هذا الشرط ليس لتصحيح الصوم فان أصل الصوم صحيح من الواجد للمال ولكنه شرط ليكون الصوم كفارة يسقط به الواجب وذلك عند الأداء والفراغ منه ، فاذا انعدم هذا الشرط لم يكن الصوم كفارة له - الخ ص ١٤٥ .

ولو أن رجلا اشترى عبدا بيعا فاسدا فقبضه وأعتقه عن يمينه كان عتقه جائزا ويجزى عنه فى يمينه ذلك[١] .

ولو أن رجلا أعتق ما فى بطن خادمه عن يمينه ثم ولدت الخادم ولدا من الغد فان العتق جائز فى الولد، ولا يجزى عنه من ٥ اليمين .

ولو أن رجلا أعتق ما فى بطن خادمه عن يمينه[٢] ثم ولدت بعد ذلك لأكثر[٣] من ستة أشهر أو ولدت لأقل من ستة أشهر ولدا ميتا لم يجز عنه ذلك[٤] فى الوجهين جميعا .

ولو أن رجلا وجبت عليه كفارتان أو ثلاثة فى أيام متفرقة ١٠ فأعتق عنهن رقابا بعددهن ولم ينو لكل يمين رقبة بعينها أجزى ذلك عنه . وكذلك لو أعتق رقبة عن إحداهن وأطعم عن الأخرى عشرة مساكين [٥] وكسى عن الأخرى عشرة مساكين[٥] كان ذلك جائزا عنه[٦] .

وليس على المملوك إذا حلف فى يمين وحنث عتق، ولا يجزى عنه

(١) لأنه ملك العبد بالقبض وإعتاقه فى ملك نفسه نافذ، ونية التكفير به صحيح لكونه متصرفا فيما يملك _ اه كذا قاله السرخسى فى شرح المختصر ١٤٥ .

(٢) سقط قوله « عن يمينه » من م .

(٣) وفى ه « اكثر » تصحيف .

(٤) وفى ه « لم يجزه ذلك عنه » .

(٥–٥) قوله « وكسى عن الأخرى عشرة مساكين » سقط من ه .

(٦) زاد السرخسى مسألة هنا فقال: وقد بينا فى الظهار أن إعتاق الجنين لايجزى=

ولو

و لو أعتق عنه مولاه، لأن الولاء لا يكون له و ليس يملك الرقبة.
و كذلك لو أطعم عنه مولاه أو كسى. و كذلك المكاتب و المدبر
و أم الولد؛ و كذلك العبد يعتق بعضه فيقوم فيسعى[1] فيما بقى من رقبته
فى قول أبى حنيفة، و قال أبو يوسف و محمد فى العبد الذى قد أعتق
بعضه خاصة و هو بمنزلة الحر: يجزى ذلك عنه إذا كان بأمره. ٥
و الرجل و المرأة فى اليمين إذا حنث و فى العتق سواء.

و لو أن رجلا حلف على يمين فحنث فصام يومين ثم وجد اليوم
الثالث ما يعتق لم يجز عنه الصوم. و كذلك إن وجد ما يطعم أو يكسو،
لأن الله عز و جل يقول ﴿فمن لم يجد فصيام ثلثة أيام﴾ فهذا قد وجد
فلا يجزى عنه الصوم. و كذلك إن وجد ما يطعم يفطر يومه ذلك، ١٠
و ليس عليه شيء، و عليه أى الكفارات شاء كفر بها يمينه، و إن شاء
تم على صومه ذلك، و لم يعتد به، و كان عليه أى الكفارات شاء غير
الصوم، و أحب إلىّ أن يتم[2].

بلغنا عن عبد الله بن عباس و عن إبراهيم النخعى أنهما قالا فى الرجل

= عن الكفارة و إن كان موجودا، لكونه فى حكم الأجزاء. فكذلك فى اليمين ـ اه
شرح المختصر ص ١٤٥

(١) و فى هـ «فينبغى» تصحيف.

(٢) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٤٦: (و الأولى أن يتم صوم يومه)
و إن أفطر فلا قضاء إلا على قول زفر، و هذا و الصوم المظنون سواء ـ اه.

يكون عليه الكفارة فيصوم يومين ثم يجد فى اليوم الثالث ما يطعم أو يكسو أو يعتق[1] : إنه[2] يفطر و لا يعتد بصومه ذلك ، و يكفر يمينه ؛ إن شاء أعتق ، و إن شاء أطعم ؛ و إن شاء كسى[3] .

و لو أن رجلا قال « إن اشتريت فلانا فهو حرّ عن يمينى » ثم ٥ اشتراه ينوى بذلك[4] تلك اليمين عتق و أجزى عنه من كفارته .

و لو اشترى أمة قد ولدت منه فأعتقها عن كفارته أو قال « إن اشتريتها فهى حرة عن يمينه » كانت حرة كما قال ، و لم تجز عنه فى يمينه[5] لأنها أم ولده و هى تعتق بالولد لو لم يقل فيها هذه المقالة .

و لو أن رجلا من أهل الذمة حلف على يمين ثم أسلم فحنث فى ١٠ يمينه تلك لم يكن عليه كفارة فى عتق و لا غيره ، لأن الحلف كان منه فى حال الكفر ، و الذى كان فيه من الكفر أعظم من الحنث[6].

(١) و فى م « و يعتق » .

(٢) و فى ه « ان » مكان « انه » .

(٣) لم نجد من أسندها .

(٤) و فى ه « ذلك » تصحيف .

(٥) سقط قوله « فى يمينه » من ه .

(٦) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ٨ / ١٤٦ : (ذمى حلف على يمين ثم أسلم ثم حنث فى يمينه لم يكن عليه كفارة) عندنا ، و قال الشافعى : يلزمه الكفارة لأنه من أهل اليمين ، فان المقصود من اليمين الحظر أو الإيجاب ، و الذمى من أهله ، قال الله تعالى " الا تقاتلون قوما نكثوا ايمانهم " فقد جعل للكافرين يمينا - إلى آخر ما ذكر من حجته ، (قال) و حجتنا فى ذلك حديث قيس =

ولو أن رجلا أعتق عبدا عن كفارة يمين ينوى ذلك بقلبه ولم يتكلم بلسانه و قد تكلم بالعتق أجزى عنه فى كفارة يمينه[1] .

= ابن عاصم المنقرى حيث سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: إنى حلفت فى الجاهلية - أو قال: نذرت ؟ فقال صلى الله عليه و سلم: هدم الإسلام ما كان فى الشرك ، ولأن وجوب الكفارة باعتبار هتك حرمة اسم الله تعالى بالحنث ، و ما فيه من الشرك أعظم من ذلك ، فقد هتك حرمة اسم الله تعالى باصراره على الشرك بأبلغ الجهات ، و عقد اليمين لما فيه من الحظر و الإيجاب تعظيما لحرمة اسم الله تعالى ، و الكافر ليس بأهل له . قال الله تعالى " فقاتلوا أئمة الكفر انهم لا ايمان لهم" و الاستحلاف فى المظالم و الخصومات لأنه من أهل مقصودها و هو النكول أو الإقرار ، وانعقاد يمينه بالطلاق و العتاق لأنه من أهلها تنجيزا ، فأما هذه اليمين موجبها البر لتعظيم اسم الله ، و الكافر ليس من أهله ، وبعد الحنث موجبها الكفارة ، و الكافر ليس بأهل لها لأن الكفارة كاسمها ستارة للذنب ، قال الله تعالى " ان الحسنٰت يذهبن السيئٰت " و معنى العقوبة فى الكفارة صورة ، فأما من حيث المعنى و الحكم المقصود منها العبادة ؛ ألا ترى أنه يأتى بها من غير أن تقام عليه كرها ، و أنها تتأدى بالصوم الذى هو محض العبادة ولا تتأدى إلا بنية العبادة ، و المقصود بها التطهر ، كما بينا ، بخلاف الحدود فانها تقام خزيا و عذابا و نكالا ، ومعنى التكفير بها إذا جاء تائبا مستسلما مؤثرا عقوبة الدنيا على عقوبة الآخرة كما فعله ماعز رضي الله عنه ، فلهذا يستقيم إقامتها على الكافر بطريق الخزى و النكال - اه ص ١٤٧ .

(١) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٤٧ : (رجل أعتق رقبة عن كفارة يمينه ينوى ذلك بقلبه ولم يتكلم بلسانه و قد تكلم بالعتق أجزاه) لأن النية عمل =

و لو أن رجلا حلف على يمين فأعتق عنهـا قبل أن يحنث[١] كان العتق جائزا[١] ، و لا يجزى ذلك عن يمينه لأنه لم يحنث بعد و لم تجب[٢] عليه كفارة[٣] .

= القلب و يتأدى به سائر العبادات ، فكذلك الكفارات لأن اشتراط النية فيها لمعنى العبادة ، و هو معنى قوله صلى الله عليه و سلم : إن الله لا ينظر إلى صوركم و أعمالكم و إنما ينظر إلى قلوبكم - اه .

(١-١) و فى ه « فان العتق جائز » .

(٢) و فى ز « فلم يجب » .

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ٨ / ١٤٧ : (و لا يجوز التكفير بعد اليمين قبل الحنث) عندنا ، و قال الشافعى : يجوز بالمال دون الصوم ، و إن كان يمينه على معصيته فله فى جواز التكفير قبل الحنث وجهان ، احتج بقوله تعالى " و لكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته " و حرف الفاء للتعقيب مع الوصل فيقتضى جواز أداء الكفارة موصولا بعقد اليمين ، و قال صلى الله عليه و سلم : من حلف على يمين و رأى غيرها خيرا منها فليكفر يمينه و ليأت الذى هو خير ؛ و فى رواية : فليكفر ثم ليأت بالذى هو خير ؛ و هذا تنصيص على الأمر بالتكفير قبل الحنث ، و أقل أحواله أن يفيد الجواز ، و لأن السبب للكفارة اليمين فانها تضاف إلى اليمين ، و الواجبات تضاف إلى أسبابها حقيقة ، و من قال « على يمين » تلزمه الكفارة باعتبار أن التزام السبب يكون كناية عن الواجب به ، و الدليل عليه اليمين بالطلاق فالسبب هناك اليمين بالله تعالى - إلى آخر ما احتج لمذهبه ، راجع له شرح المختصر . قال السرخسى : و حجتنا فى ذلك قوله صلى الله عليه و سلم « لا تسأل الإمارة فانك إن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها ، و إذا حلفت على يمين و رأيت غيرها خيرا منها فأت الذى هو خير و كفر عن يمينك » ؛ =

= وما رواه الشافعي محمول على التقديم والتأخير بدليل ما روينا، وهذا لمعنيين: أحدهما أن الأمر يفيد الوجوب حقيقة ولا وجوب قبل الحنث بالاتفاق، والثاني أن قوله « فليكفر » أمر بمطلق التكفير ولا يجوز مطلق التكفير إلا بعد الحنث، أما قبل الحنث يجوز عنده بالمال دون الصوم . وليس من باب التخصيص لأن ما يكفر به ليس في لفظه، والتخصيص في الملفوظ الذي له عموم دون ما ثبت بطريق الاقتضاء . والمعنى فيه أن مجرد اليمين ليس بسبب لوجوب الكفارة لأن أدنى حد السبب أن يكون مؤديا إلى الشيء طريقا له، واليمين مانعة من الحنث محرمة له فكيف تكون موجبة لما يجب بعد الحنث؛ ألا ترى أن الصوم والإحرام لما كان مانعا مما يجب به الكفارة وهو ارتكاب المحظور لم يكن بنفسه سببا لوجوب الكفارة، بخلاف الجرح فانه طريق يفضي إلى زهوق الروح؛ بخلاف كمال النصاب فانه تحقق للغنى المؤدي إلى النماء الذي به يكون المال سببا لوجوب الزكاة . ولأن الكفارة لا تجب إلا بعد ارتفاع اليمين، فان بالحنث اليمين يرتفع؛ وما يكون سببا للشيء فالوجوب يترتب على تقرره لا على ارتفاعه، والدليل عليه أن اليمين ليست بسبب التكفير بالصوم حتى لا يجوز أداؤه قبل الحنث، وبعد وجود السبب الأداء جائز ماليا كان أو بدنيا؛ ألا ترى أن صوم المسافر في رمضان يجوز لوجود السبب، وإن كان الأداء متأخرا إلى أن يدرك عدة من أيام أخر؛ وإضافة الكفارة إلى اليمين لأنها تجب بحنث بعد اليمين كما تضاف الكفارة إلى الصوم والإحرام بهذا الطريق؛ ولئن سلمنا أن اليمين سبب فالكفارة إنما تجب خلفا عن البر الواجب ليصير عند أدائها كأنه تم على بره، ولا معتبر بالخلف في حال بقاء الواجب . وقبل الحنث ما هو الأصل [illegible] وهو البر، فلا تكون الكفارة خلفا كما لا يكون التيمم طهارة مع القدرة [illegible] الماء؛ يقرره ان الكفارة توبة كما قال الله تعالى في كفارة القتل " توبة من الله " والتوبة قبل الذنب لا تكون، وهو في عقد اليمين معظم حرمة اسم الله تعالى، فأما الذنب في هتك حرمة اسم الله تعالى فالتكفير قبل الحنث بمنزلة الطهارة قبل =

و لو أن رجلا حنث فى يمين فأعتق عبدا عند موته فى يمينه و ليس له مال غيره كان العتق جائزا من ثلثه ، و يسعى العبد فى ثلثى قيمته ، و لا يجزى عنه فى يمينه لما وجب عليه من السعاية [1] .

و لو أن رجلا أعتق عبدا على مال عن يمينه أو باعه نفسه عتق، ٥ و لم يجز عنه فى يمينه لما أخذ منه من الجعل .

و لو أن رجلا قال لعبده « أنت حر عن يمينى على ألف درهم » و قبل ذلك العبد لم يجز ذلك عنه [2] .

و لو أن المولى أبرأ العبد من الألف بعد ذلك لم يجز عنه من يمينه للذى كان فيه من الجعل، و لا ينفعه إبراؤه إياه من المال بعد ذلك [3].

= الحدث، بخلاف كفارة القتل فانه جزاء جنايته و جنايته فى الجرح ، إذ لا صنع له فى زهوق الروح ، و بخلاف الزكاة لأنه شكر النعمة ، و النعمة المال دون مضى الحول ، فكان حولان الحول تأجيلا فيه ، و التأجيل لا ينفى الوجوب فكيف ينفى تقرر السبب - اه ص ١٤٩ .

(١) لأن ما يباشره المريض من العتق كالمضاف إلى ما بعد الموت ، و لو أوصى به بعد الموت كان معتبرا من ثلثه ، على ما بيناه فى الزكاة ، و سائر الحقوق الواجبة لله تعالى إذا لم يكن له مال سواه فقد لزمه السعاية فى ثلثى قيمته ، و كان هذا عتقا بعوض (فلا يجزى عن الكفارة لما يجب عليه من السعاية) كذا قاله السرخسى فى شرح هذه المسألة ص ١٤٩ .

(٢) لأن العتق بمال لا يتمحض قربة ، و الكفارة لا تتأدى إلا بما هو قربة - قاله السرخسى فى شرح المختصر ص ١٤٩ .

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٤٩ : (فان أبرأه من المال بعد ذلك =

و لو

و لو أن رجلا أعتق عبدا على مال عن يمينه عتق العبد ، ولا يجزى عنه فى يمينه لما أخذ فيه من الجعل .

باب الطعام فى كفارة اليمين[1]

بلغنا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال: ليرفا[2] مولى له : إنى أحلف على قوم لا أعطيهم ثم يبدو لى فأعطيهم ، فاذا أنا فعلت ٥ ذلك فأطعم عنى عشرة مساكين كل مسكين نصف صاع من حنطة أو صاعا من تمر[3] .

= لم يجز عن كفارته) لأن أصل العتق وقع غير مجزى عن الكفارة ، و الإبراء من المال بعد ذلك إسقاط للدين ، ولا مدخل له فى الكفارات فلهذا لا يجزيه ؛ والله سبحانه أعلم بالصواب ـ اه .

(١) و فى ﻫ « باب الصيام و كفارة اليمين » .

(٢) « يرفأ » بفتح الياء و سكون الراء بعدها فاء بعدها همز ، قال فى القاموس : ويرفأ كيمنع مولى عمر بن الخطاب رضى الله عنه ـ اﻫ ١ / ١٦ . و قال الحافظ ابن حجر : يرفأ حاجب عمر أدرك الجاهلية و حج مع عمر فى خلافة أبى بكر ، و يرفأ ذكر فى الصحيحين فى قصة منازعة العباس و على فى صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وله ذكر فى حديث أخرجه ابن أبى شيبة من طريق الزهرى عن عبد الله بن عبيد الله بن عتبة عن أبيه قال : جئت إلى عمر وهو يصلى بجعلنى عن يمينه بجاء يرفأ بجعلنا خلفه ـ انتهى منتخبا من الإصابة ٦ / ٣٥٨ . و قال العلامة عبد الحى اللكنوى فى التعليق الممجد ص ٣١٦ : مخضرم ، مولى لعمر بن الخطاب حاجبه ، وكان أدرك الجاهلية و لا يعرف له صحبة ، قاله الكرمانى و ابن حجر ـ ﻫ . أى فى شرحى الجامع الصحيح للبخارى .

(٣) أسنده مؤلف الكتاب فى ص ٣٠٢ من موطئه: أخبرنا سلام بن سليم الحنفى=

ر بلغنا عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه قال: فى كفارة

=عن أبى إسحاق السبيعى عن يرفا مولى عمر بن الخطاب قال: قال عمر بن الخطاب: إنى أنزلت مال الله منى بمنزلة مال اليتيم، إن احتجت أخذت منه، فاذا أيسرت رددته، وإن استغنيت استعففت، وإنى قد وليت من أمر المسلمين أمرا عظيما، فاذا أنت سمعتنى أحلف على يمين فلم أمضها فأطعم عنى عشرة مساكين خمسة أصوع بر بين كل مسكينين صاع؛ أخبرنا يونس بن أبى إسحاق حدثنا أبو إسحاق عن يسار بن نمير عن يرفا غلام عمر بن الخطاب أن عمر قال له: إن على أمرا من أمر الناس جسيما فاذا رأيتنى قد حلفت على شىء فأطعم عنى عشرة مساكين كل مسكين نصف صاع من بر؛ أخبرنا سفيان بن عيينة عن منصور بن المعتمر عن شقيق بن سلمة عن يسار بن نمير أن عمر بن الخطاب أمر أن يكفر عن يمينه بنصف صاع لكل مسكين ـ اه. قلت: تابعه سعيد بن منصور فى سننه: حدثنا أبو الأحوص عن أبى إسحاق عن البراء قال قال لى عمر: إنى نزلت نفسى من مال الله بمنزلة ولى اليتيم إن احتجت أخذت منه، وإن أيسرت رددته، وإن استغنيت استغنيت ـ اه. ذكره فى ٦/٣٥٨ من الإصابة فى ترجمة يرفا. وقال فيه «البراء» مكان «يسار» والصواب يسار بن نمير لأنه مولى أمير المؤمنين وخادمه. قلت: وتابع أبا إسحاق عن يسار بن نمير شقيق أبو وائل وطلحة بن مطرف، أخرجهما ابن أبى شيبة: أخبرنا أبو خالد الأحمر عن الأعمش عن شقيق عن يسار بن نمير قال قال لى عمر: إنى أحلف لا أعطى أقواما شيئا ثم يبدو لى فأعطيهم فاذا فعلت ذلك فأطعم عنى عشرة مساكين بين كل مسكينين صاع من بر أو صاع من تمر لكل مسكين ـ اه؛ وقال ابن إدريس عن ليث عن طلحة عن يسار بن نمير قال: قال عمر: إنى من أمراء المسلمين فاذا رأيتنى قد حلفت على يمين لم أمضها فأطعم عنى عشرة مساكين لكل مسكين نصف صاع من بر أو صاع من شعير أو صاع من تمر ـ اه ج ٢ ص ١٧٤ من المصنف.

اليمين إطعام عشرة مساكين كل مسكين نصف صاع من حنطة[١] .

و إذا حنث الرجل فى يمين فأطعم عشرة مساكين كل مسكين نصف صاع من حنطة أو دقيق أو سويق أجزاه ذلك . و إن أطعم تمرا أو شعيرا أطعم كل مسكين مختوما بالحجاجى[٢]

و لو دعا عشرة مساكين فغداهم و عشاهم أجزاه ذلك . و لو غداهم ٥ خبزا و عشاهم مثله و ليس معه أدم أجزاه ذلك . و لو غداهم سويقا و تمرا و عشاهم بمثل ذلك أجزاه ذلك . و لو أعطاهم قيمة الطعام فأعطى كل مسكين قيمة نصف صاع أجزاه ذلك . و لو غداهم و أعطاهم قيمة العشاء أجزاه ذلك[٣] . ألا ترى أنه لو أعطى كل مسكين منهم درهما و الدرهم

(١) أسنده ابن أبى شيبة فى مصنفه ٢ / ١٧٤ : حدثنا وكيع عن ابن أبى ليلى عن عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة عن على قال : كفارة اليمين إطعام عشرة مساكين كل مسكين نصف صاع من بر أو صاع من تمر فى كفارة اليمين ـ اهـ .

(٢) و فى المغرب ١ / ١٤٩ : و المختوم الصاع بعينه ، عن أبى عبيد : و يشهد له حديث الخدرى : الوسق ستون مختوما . وفى ص ١٠٧ منه : والحجاج فى الأعلام يحتمل أن يكون من الحج الغلبة بالحجة ، أو من القصد ، و به سمى ابن يوسف ، و إليه ينسب الصاع لأنه اتخذه على صاع عمر وهو ربع الهاشمى و هو ثمانية أرطال عن محمد ـ اهـ .

(٣) قال السرخسى فى شرح المختصر ٨ / ١٥٠ : (والمعتبر فيه أكلتان مشبعتان ، سواء كان خبز البر مع الإدام أو بغير إدام ، و إن أعطى قيمة الطعام يجوز ، فكذلك فى كفارة اليمين ، وكذلك إن غداهم وأعطاهم قيمة العشاء) اعتبارا =

يبلغ أكثر من نصف صاع أجزاه ذلك و كان ذلك أفضل .

و إذا دعا عشرة مساكين أحدهم صبي فطيم أو فوق ذلك شيئا[1] فغداهم و عشاهم فانه لا يسعه ، و لا يجزى عنه الصبى ، و عليه الآن إطعام مسكين واحد ، إن شاء أعطاه نصف صاع و إن شاء غداه و عشاه[2] .

٥ و لو أطعم عشرة مساكين كل مسكين مدا من حنطة لم يجزه ذلك ، و عليه أن يعيد عليهم مدا مدا على كل إنسان منهم ، فان لم يقدر عليهم استقبل الطعام .

و لو أعطى مسكينا واحدا خمسة آصع لم يجزه ذلك . و إن[3] أعطاه نصف صاع و أعطاه من الغد نصف صاع حتى يكمل عشرة أيام أجزاه ١٠ ذلك[4] .

و لو أنه أطعم عشرة مساكين من أهل الذمة كل مسكين نصف صاع من حنطة أجزاه ذلك ، و مساكين أهل الإسلام أحب إلىّ[5] .

= للبعض بالكل ، و هذا لأن المقصود واحد ، و قد أتى من كل وظيفة بنصفه - اه .

(١) كذا فى م و كذا فى شرح المختصر ؛ و فى ع ، ه ، ز « سنا » .

(٢) لأنه « يستوفى كمال الوظيفة كما يستوفيه البالغ . و عليه طعام مسكين واحد مكانه - كذا قاله السرخسى فى شرح المختصر ٨ / ١٥٠ .

(٣) و فى ز « فان » و فى البقية « و ان » .

(٤) من قوله « و إن أعطاه » س ٨ ساقط من ه .

(٥) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ٨ / ١٥٠ : (فان أعطى عشرة مساكين مدا من حنطة فعليه أن يعيد عليهم مدا مدا ، و إن لم يقدر عليهم استقبل الطعام) =

ولو أعطى عشرة مساكين ذوى رحم محرم منه أجزاه ذلك ، ولكن لا يجزيه أن يطعم منها ولده ، ولا والده ، ولا أمه[1] حرة كانت أو أمة ، ولا مملوكا له ، ولا مدبره[2] ، ولا مكاتبه[3] ، ولا أم ولد

= لأن الواجب لا يتأدى إلا بايصال وظيفة كاملة إلى كل مسكين و ذلك نصف صاع من حنطة ؛ وذكر هشام عن محمد أنه لو أوصى بأن يطعم عنه عشرة مساكين فى كفارة يمينه فغدى الوصى عشرة مساكين ثم ماتوا قبل أن يعشيهم فعليه الاستقبال لأن الوظيفة فى طعام الإباحة الغداء و العشاء فلا يتأدى الواجب إلا باتصال وظيفة كاملة إلى كل مسكين ، ولا يكون الوصى ضامنا لما أطعم لأنه فيما صنع كان متمثلا لأمره وكان بقاؤهم إلى أن يعشيهم ليس فى وسعه ، ولو كان أوصى بأن يطعم عنه عشرة مساكين غداء وعشاء ولم يذكر الكفارة فغدى الوصى عشرة فماتوا فانه يعشى عشرة أخرى ، و يكفى ذلك لأن الموصى به أكلتان فقط دون إسقاط الكفارة بهما و قد وجد ، بخلاف الأول ؛ ثم قد بينا فى باب الظهار أن المسكين الواحد فى الأيام المتفرقة كالمساكين عندنا ، وعند تفريق الدفعات فى يوم واحد فيه اختلاف بين المشايخ ، فكذلك فى اليمين ؛ و بينا هناك أن إطعام فقراء أهل الذمة فى الكفارة يجوز فى قول أبى حنيفة ومحمد ، خلافا لأبى يوسف و الشافعى ، و قد روى أبو يوسف عن أبى حنيفة الفرق بين المنذور و الكفارة فقال : إذا نذر إطعام عشرة مساكين فله أن يطعم فقراء أهل الذمة ؛ وإنما ليس له أن يطعم فى الكفارة فقراء أهل الذمة اعتبارا لما أوجب الله عليه من الكفارة بالزكاة ؛ وقد بينا أنه يجوز صرف الكفارة إلى من يجوز صرف الزكاة إليه ـ اهـ ص ١٥١ .

(١) وفى هـ « امة » سهو الناسخ .

(٢) وفى هـ « مدبرة » سهو .

(٣) وفى هـ « مكاتبة » .

له١، و لا زوجة له حرة كانت أو أمة .

و لو أن رجلا سأله منها و هو غنى و هو لا يعلم بذلك٢ فأعطاه أجزاه ذلك عنه فى قول أبى حنيفة و محمد ، و لا يجزيه فى قول أبى يوسف إذا علم .

٥ و لو أنه أطعم خمسة مساكين وكسى خمسة مساكين أجزاه ذلك من الطعام إن كان الطعام أرخص من الكسوة ، و إن كانت الكسوة أرخص من الطعام أجزى عن الكسوة ٣ .

---

(١) كذا فى هـ، م ، ز؛ و فى ع « ولا أم ولده ولا أم والد له » و أظن أن اللفظ الأول كان على هامش الأصل نسخة على لفظ « ام والد له » فأدخله الناسخ فى الأصل ظنا منه أنه من تروك الأصل بجمع بين النسختين .

(٢) و فى هـ « ذلك » تصحيف .

(٣) لأن المنصوص عليه ثلاثة أنواع ، فلوجوزنا إطعام خمسة مساكين وكسوة خمسة مساكين كان نوعا رابعا فيكون زيادة على المنصوص ، و هذا بخلاف ما إذا أدى إلى كل مسكين مدا من حنطة و نصف صاع من شعير . لأن المقصود واحد و هو سد الجوعة فلا يصير نوعا رابعا ، فأما المقصود من الكسوة غير المقصود من الطعام ؛ ألا ترى أن الإباحة تجزى فى أحدهما دون الآخر ! و لوجوزنا النصف من كل واحد منهما كان نوعا رابعا ؛ ثم مراده من هذه المسألة إذا أطعم خمسة مساكين بطريق الإباحة و التمكين ، دون التمليك ، فان التمليك فوق التمكين (و إذا كان الطعام أرخص من الكسوة أمكن إكمال التمكين بالتمليك فتجوز الكسوة مكان الطعام ، و إن كانت الكسوة أرخص لا يمكن إقامة الطعام مقام الكسوة لأن التمكين دون التمليك ، و فى الكسوة التمليك معتبر ، فلا يمكن إقامة الكسوة مقام الطعام لأنه ليس فيها وفاء بقيمة الطعام ، فأما إذا ملك =

و لو

و لو أنه أطعم عشرة مساكين قبل أن يحنث فى[1] يمينه لم يجزه ذلك ، لأن اليمين لم تجب بعد . و لو حنث فى يمينه و هو معسر فأراد أن يكفر كان عليه الصوم ، فان أيسر و وجد ما يتصدق به[2] قبل أن يفرغ من الصوم لم يجزه الصوم ، و كانت عليه الكفارة: إما عتق ، و إما كسوة ، و إما طعام . ٥

و لو كانت له دار يسكنها و ليس له مال غيرها أجزى عنه[3] الصوم، لأن هذا تحل[4] له الصدقة[5] .

= الطعام خمسة مساكين وكسا خمسة مساكين فانه يجوز على اعتبار أنه إن كان الطعام أرخص تقام الكسوة مقام الطعام ، و إن كانت الكسوة أرخص يقام الطعام مقام الكسوة لوجود التمليك فيها ، إليه أشار فى باب الكسوة بعد هذا (ولوأطعم خمسة مساكين ثم افتقر كان عليه أن يستقبل الصيام) لأن إكمال الأصل بالبدل غير ممكن فانهما لا يجتمعان ، و ليس له أن يسترد من المساكين الخمسة ما أعطاهم لأنها صدقة قد تمت بالوصول إلى يد المساكين ـ اه ماقاله السرخسى فى شرح المختصر ص ١٥١ .

(١) و فى هـ « عن » مكان « فى » .

(٢) و فى م « ما يعتق به » .

(٣) و فى هـ « اجزاه ذلك عنه » .

(٤) و فى هـ « يحل » وهو فى م غير منقوط .

(٥) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ٨ / ١٥١ : (و من كانت له دار يسكنها أو ثوب يلبسه ولايجد شيئا سوى ذلك أجزاه الصوم فى الكفارة) لأن المسكن والثياب من أصول حوائجه ، و ما لا بد منه فلا يصير به واجدا لما يكفر به ، بخلاف ما لو كان له عبد يخدمه فان ذلك ليس من أصول الحوائج؛ ألا ترى أن =

و لو أطعم عنه رجل عشرة مساكين بأمره أجزى[١] عنه ذلك .

و لو أنه أطعم عنه بغير أمره فرضى بذلك لم يجز عنه .

و لو أن رجلا أطعم خمسة مساكين فى كفارة يمينه ثم احتاج كان عليه أن يستقبل الصيام ، و لا يجزى ذلك الطعام عنه .

٥ و لو أن رجلا أطعم من كفارة اليمين أحدا من ولده و هو لا يعلم و هو موضع ذلك أجزاه ذلك عنه[٢] فى قول أبى حنيفة و محمد إذا علم بعد ، و فى قول أبى يوسف إذا أطعم أحدا من ولده و هو لا يعلم ثم

= كثيرا من الناس يتعيش من غير خادم له ! ولأن الرقبة منصوص عليها فمع وجود المنصوص عليه فى ملكه لا يجزيه الصوم ؛ و فى الكتاب علل فقال (لأن الصدقة تحل له) وهذا يؤيد مذهب أبى يوسف الذى ذكره فى الأمالى أنه إذا كان الفاضل من حاجته دون ما يساوى مائتين له يجوز له التكفير بالصوم لأن الصدقة تحل له فلا يكون موسرا و لا غنيا ، فأما ظاهر المذهب أنه إذا كان يملك فضلا عن حاجته مقدار ما يكفر به لا يجوز له التكفير بالصوم ، لأن المنصوص عليه الوجود دون الغنى واليسار ، قال الله تعالى " فمن لم يجد " و هذا واجد . وقد بينا فى كتاب العتاق أن المعتبر فى وجوب الضمان ملكه مقدار ما يؤدى به الضمان ، و إن كان اليسار منصوصا عليه هناك فهاهنا أولى ، و بينا فى الظهار أنه لو أعطى كل مسكين صاعا عن ظهارين لا يجزيه إلا عن أحدهما فى قول أبى حنيفة و أبى يوسف ، بخلاف ما إذا اختلف جنس الكفارة ، فكذلك فى كفارة اليمين ـ اهـ ص ١٥٢ .

(١) و فى هـ « أجزاه » .

(٢) و فى ز « اجزى ذلك عنه » .

علم بعد ذلك فانه لا يجزيه . وكذلك الغنى فى قول أبى يوسف لا يجزى .

ولو أن رجلا عليه يمينان فأطعم عنها عشرين مسكينا أجزى عنه ، فان أطعم لهما عشرة مساكين لكل مسكين صاع من حنطة لم يجزه ذلك إلا[1] عن يمين واحدة ، ويجزيه فى قول محمد .

ولو أطعم ستين مسكينا من ظهار أو أطعمهم من كفارة غير ٥ الظهار أو أطعمهم من أيمان عليه شتى مختلفة فأطعم الطعام كله ضربة واحدة لكل مسكين من ذلك نصف صاع لكل يمين على حدة و لكل ظهار على حدة نصف صاع و لكل كفارة من رمضان نصف صاع: أجزى عنه ، لأنها أيمان شتى مختلفة وجبت عليه ، وليس هذا كاليمين الواحدة . و فى قول محمد ذلك كله يجزى . ١٠

وإذا[2] أعطى الرجل ثوبا لعشرة مساكين من كفارة يمينه فانه لا يجزى عنه من الكسوة ، وإن كان يساوى الثوب ثمن الطعام فهو يجزى عنه من الطعام[3] .

---

(١) سقط لفظ « إلا » من هـ .

(٢) و فى م « فاذا » .

(٣) و فى المختصر وشرحه للسرخسى ص ١٥٢ : (و إن أعطى عشرة مساكين ثوبا عن كفارة يمين لم يجزه عن الكسوة) لأن الواجب عليه لكل مسكين كسوته وهو ما يصير به مكتسيا (و يجزى من الطعام إذا كان الثوب يساويه) وقال أبو يوسف : لا يجزيه إلا بالنية لأنه يجعل الكسوة بدلا عن الطعام، وهو إنما نواه بدلا عن نفسه فلا يمكن جعله بدلا عن غيره إلا بنية ، وجه ظاهر الرواية أنه ناو للتكفير به وذلك يكفيه، كما لو أدى الدراهم بنية الكفارة يجزيه و إن لم ينو=

و إذا وجبت على العبد أو المكاتب أو المدبر أو أم الولد كفارة يمين لم يجز عنه الطعام و إن أذن له مولاه فيه، و لكن عليه الصيام، لأن العبد لا يملك الطعام. و لو أن العبد أعتق فأطعم عشرة مساكين بعد عتقه أجزاه.

٥ و لوأن رجلا حلف على يمين و هو كافر ثم حنث بعد ما أسلم لم تكن عليه الكفارة[١]. وكذلك إذا حلف و هو مسلم ثم رجع عن الإسلام ثم أسلم بعد ثم حنث فلا كفارة عليه[٢].

و إذا استثنى الرجل فى يمينه فلا كفارة عليه و لا حنث[٣].

و إذا جعل الرجل لله عليه طعام مسكين و نوى عددا من المساكين

١٠ فهو ذلك العدد، فان نوى كيلا من الطعام معلوما فهو ذلك الكيل، و إن لم[٤] ينو شيئا مسمى من الطعام و لا عدد مساكين فعليه طعام عشرة

= أن يكون بدلا عن الطعام، إلا أن أبا يوسف يقول: الدراهم ليست بأصل فأداؤها بنية الكفارة يكون قصدا إلى البدل، فأما الكسوة أصل فأداؤها بنية الكفارة لايكون قصدا إلى جعلها بدلا عن الطعام؛ و لكنا نقول: عشر الثوب ليس بأصل فى الكسوة لكل مسكين فهو وأداء الدراهم سواء ـ اهـ.

(١) ترك الحاكم هذه المسألة و لم يذكرها فى مختصره.

(٢) لأنه بالردة التحق بالكافر الأصلى، و لهذا حبط عمله، قال الله تعالى" ومن يكفر بالإيمان فقد حبط عمله"، وكما أن الكفر الأصلى ينافى الأهلية لليمين الموجبة للكفارة فكذلك الردة تنافى بقاء اليمين الموجبة للكفارة ـ كذا قال السرخسى.

(٣) و قد مضت مسألة الاستثناء.

(٤) وفى م " و لم " تصحيف.

مساكين كل مسكين نصف صاع من حنطة[١]. و كذلك إن قال « إن كلمت فلانا فعليّ إطعام مساكين » أو قال « إطعام عشرة مساكين ».

و قد يعطى من المساكين من له الخادم و الدار[٢]. و يعطى من الصدقة [٣]و من الزكاة[٣] من له الدار و الخادم[٤]. و بلغنا عن أبى حزم[٥] و عن إبراهيم و الحسن أنهم قالوا ذلك[٦]. ٥

(١) اعتبارا لما يوجبه على نفسه بما أوجب الله عليه من إطعام المساكين، و أدنى ذلك عشرة مساكين فى كفارة اليمين، إلا أنه إن قال فى نذره إطعام المساكين فليس له أن يصرف الكل إلى مسكين واحد جملة، و إن قال « المساكين » فله ذلك لأن بهذا اللفظ يلتزم مقدارا من الطعام، و باللفظ الأول يلتزم الفعل لأن الإطعام فعل لا يتأدى إلا بأفعال عشرة - اه ما قاله السرخسى فى شرح المسألة ص ١٥٢ و ١٥٣.

(٢) و فى ه، م « أو الدار ».

(٣-٣) كذا فى ز، م، ه؛ و فى ع « و الزكاة » سقط منه حرف « من ».

(٤) و فى المختصر: و يعطى من الزكاة والكفارة من له الدار و الخادم. و فى شرحه للسرخسى ص ١٥٣: (و يعطى من الكفارة من له الدار والخادم) لأنهما يزيدان فى حاجته فالدار تسترم و الخادم يستنفق، وقد بينا أنه يجوز صرف الزكاة إلى مثله فكذلك الكفارة - اه. قلت: فالمراد من الصدقة هنا الكفارة كما ذكر الحاكم و وافقه السرخسى.

(٥) كذا فى الأصول، و فى كتاب الكنى ١/١٤٧: أبو حزم اسمه عبيد غير منصوب، روى عنه محمد بن بكر، وروى عنه عن جابر بن زيد. لم أجده فى الرجال المعروفين؛ و لعله أبو حازم، و بهذه الكنية تكنى جماعة ذكرهم فى التهذيب، فوالله أعلم من هو! و لم أجد ما رواه.

(٦) قلت: أسندهما ابن أبى شيبة فى مصنفه فى كتاب الزكاة (من له دار =

ولو أن رجلا أوصى أن يطعم عنه فى كفارة أيمان عليه عند موته كان ذلك الطعام من ثلثه[1] . و كذلك [2]لو أوصى بكسوة . و كذلك[2] لو أوصى بعتق عبد ، فان لم يكن له مال غير العبد الذى أوصى بعتقه عتق العبد[3] و سعى فى ثلثى قيمته ، و لا يجزى عنه فى كفارة يمينه ، و إن ٥ خرج من الثلث أجزى عنه . و هو قول أبى حنيفة و محمد :

الصاع الأول ثمانية[4] أرطال، و هو مختوم بالحجاجى و هو

= أوخادم يعطى من الزكاة) : شريك عن الأعمش عن إبراهيم قال : كانوا لا يمنعون الزكاة من له البيت و الخادم ـ اه . و أما قول الحسن فرواه فى الباب المذكور أيضا عن ابن مهدى عن حماد بن سلمة عن يونس عنه قال : كان لايرى بأسا أن يعطى منها من له الخدم والمسكن إذا كان محتاجا ـ اه . و فى الباب رواه عن سعيد بن جبير ومقاتل بن حيان أيضا : حدثنا جرير عن أشعث عن جعفر عن سعيد بن جبير قال : يعطى من الزكاة من له الدار و الخادم والفرس ـ اه . معتمر بن سليمان عن شبيب عن عبد الملك قال : سألت مقاتل بن حيان عن رجل فى الديوان له عطاء و فرس و هو محتاج أعطيه من الزكاة ؟ قال : نعم ـ اه ٢ / ٤٠ .

(١) و فى المختصر الكافى للحاكم الشهيد ص ٢٤٢ : و إن أوصى أن يكفر عن يمينه بعد موته فهو من ثلثه . قال السرخسى فى شرحه : لأنه لا يجب أداؤه بعد الموت إلا بوصية ، و محل الوصية الثلث ـ اه ٨ / ١٥٣ .

(٢-٢) من قوله « لو اوصى » ساقط من ه .

(٣) سقط لفظ « العبد » من ه .

(٤) سقط لفظ « ثمانية » من ه .

ربع الهاشمى[1]. قال محمد: وكذلك ذكر المغيرة عن إبراهيم أنه قال: وجدنا صاع عمر حجاجيا[2].

باب الكسوة فى كفارة اليمين

محمد عن أبى حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال فى قول الله عز وجل فى الكفارة "او كسوتهم": إن ذلك لكل مسكين ثوب[3]، ٥

(١) وكذلك قال هو فى آثاره ص ٥٥: والصاع قفيز الحجاجى وربع الهاشمى وهو ثمانية أرطال - أهـ. وأخرج ابن أبى شيبة فى مصنفه ٢/٥٤ عن يحيى بن آدم عن ابى شهاب عن حجاج عن فضيل عن إبراهيم قال: القفيز الحجاجى هو الصاع؛ حدثنا جرير عن مغيرة قال: ما كان يفتى فيه إبراهيم فى كفارة يمين أو فى الشراء أو فى إطعام ستين مسكينا فيما قال فيه العشر ونصف العشر، قال: كان يفتى بالقفيز الحجاجى، قال: هو الصاع؛ وروى عن وكيع عن على بن صالح عن أبى إسحاق عن موسى بن طلحة قال: الحجاجى صاع عمر بن الخطاب - اهـ ٢/٥٤ (الصاع ما هو فى كتاب الزكاة).

(٢) أسنده الطحاوى فى باب وزن الصاع كم هو ١/٣٢٤: حدثنا أحمد قال ثنا يعقوب قال ثنا وكيع عن أبيه عن مغيرة عن ابراهيم قال: عيرنا صاع عمر فوجدناه حجاجيا، والحجاجى عندهم ثمانية أرطال بالبغدادى؛ حدثنا ابن أبى داود قال ثنا سفيان بن بشر الكوفى قال ثنا شريك عن مغيرة وعبيدة عن إبراهيم قال: وضع الحجاج قفيزه على صاع عمر - اهـ.

(٣) أخرجه فى آثاره ص ١٢٣ قال: أخبرنا أبوحنيفة عن حماد عن إبراهيم فى كفارة اليمين: إطعام عشرة مساكين لكل مسكين نصف صاع من بر، والكسوة وهو ثوب، أوتحرير رقبة، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام؛ قال محمد: وبهذا كله نأخذ، والأيام الثلاثة متتابعات لا يجزيه أن يفرق بينهن لأنها فى قراءة ابن مسعود =

فاذا أعطى كل مسكين ثوبا إزارا أو رداء أو قميصا أو قباء أو كساء فان ذلك يجزيه من الكفارة إذا كسا عشرة مساكين[١] .

و لو أعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجز[٢] عنه ذلك من الكسوة[٣] ، و لكن كان يجزى عنه من الطعام إذا كان كل نصف[٤]

= " فصيام ثلثة ايام متتابعات " و هو قول أبى حنيفة فاختصره هنا ؛ و لم يخرجه ابن أبى شيبه فى مصنفه ، و ذكره أبو بكر الرازى فى أحكام القرآن بغير سند .

(١) قال السرخسى فى شرح الأثر من شرح المختصر ص١٥٣ : هكذا نقل عن الزهرى فى قوله تعالى " اوكسوتهم " أنه الإزار فصاعدا من ثوب تام لكل مسكين ثوب ، ويعطى فى الكسوة القباء ، و الذى روى عن أبى موسى الأشعرى أنه كان يعطى فى كفارة اليمين لكل مسكين ثوبين ، فانما يقصد التبرع بأحدهما فأما الواحد يتأدى به الواجب ، هكذا نقل عن مجاهد قال : أدناه ثوب لكل مسكين ، و أعلاه ماشئت ؛ و هذا لأن الكسوة ما يكون المرء به مكتسيا ، و بالثوب الواحد يكون مكتسيا حتى يجوز له أن يصلى فى ثوب واحد ، و إذا كان فى ثوب واحد فالناس يسمونه مكتسيا لا عاريا ، و المراد بالإزار الكبير الذى هو كالرداء ، فأما الصغير الذى لا يتم به ستر العورة لا يجزئ ؛ و لو كسا كل مسكين سراويل ذكر فى النوادر عن محمد أنه يجزيه لأنه يكون مكتسيا شرعا حتى يجوز صلاته فيه ، و عن أبى يوسف أنه لا يجزيه من الكسوة لأن لابس السراويل وحده يسمى عريانا لا مكتسيا إلا أن تبلغ قيمته قيمة الطعام فحينئذ يجزيه من الطعام إذا نواه - اه . و كان فى الأصل « كساه له » تصحيف ، و الصواب ما فى بقية النسخ .

(٢) و فى ه « لم تجزه » .

(٣) لأن الاكتساء به لا يحصل - كذا قال السرخسى فى شرحه ص ١٥٣ .

(٤) سقط لفظ « نصف » من م .

ثوب يساوى نصف صاع من حنطة .

و لو كسا كل مسكين قلنسوة أو خفين ، أو حمله على نعلين لم يجز ذلك عنه[١] من الكسوة[٢] ، و لكنه يجزى عنه من الطعام إذا كان ذلك يساوى نصف صاع من حنطة .

و لو أعطى مسكينا واحدا عشرة أثواب لم يجز ذلك عنه من عشرة مساكين[٣] . و لكنه يجزى عنه من مسكين واحد . ٥

و لو أعطى فى كل يوم ثوبا حتى يستكمل عشرة أثواب فى عشرة أيام أجزى عنه . و لو كسا عشرة مساكين كل مسكين ثوبا و كلهم ذو رحم محرم أجزى عنه ما لم يكن فيهم ولد و لا والد و لا زوجة .

و لا تجزى[٤] أن يكسو مكاتبا له و لا مدبرا و لا أم ولد . ١٠
و لو كسا مكاتبا لغيره محتاجا أو عبدا لغيره محتاجا أو أم ولد لغيره و مولاها محتاج أو مدبرا لغيره محتاجا أجزى عنه ذلك .

و لو كسا عشرة مساكين من مساكين أهل الذمة أجزاء ذلك[٥] ، وفقراء المسلمين أحب إلى . و لو أعطى عشرة مساكين كل مسكين من الطعام قدر

---

(١) و فى ه « عنه ذلك » .
(٢) لأن الاكتساء به لا يحصل ، و إن أعطى كل واحد منهم عمامة فان كان ذلك يبلغ قميصا أو رداء أجزاه ، و إلا لم يجزه من الكسوة ، لأن العمامة كسوة الرأس كالقلنسوة ، ولكن يجزيه من الطعام إذا كانت قيمته تساوى قيمة الطعام - اه ما قاله السرخسى فى شرح المختصر ص ١٥٣ .
(٣) كما فى الطعام - قاله السرخسى ص ١٥٤ .
(٤) وفى ه ، م « ولا يجزى » .
(٥) و فى م « أجزى ذلك » .

قيمة الثوب أجزاه ذلك من الكسوة . و لو أعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم و هو ثوب كثير القيمة نصيب كل مسكين منهم أكثر من قيمة ثوب[1] كان ذلك فى القياس يجزى عنه من الطعام ، و لا يجزى[2] من الكسوة. ألا ترى أنه لو أعطى كل مسكين ربع صاع من حنطة و ذلك يساوى ٥ صاعا من تمر[3] لم يجز عنه من الطعام ! فكذلك هذا الثوب .

و لو أن هذا المد من الحنطة كان يساوى ثوبا كان يجزى من الكسوة ، و لا يجزى من الطعام .

و لو أعطى عشرة مساكين دابة أو شاة أو عبدا أو أمة فان كان قيمة ذلك تبلغ قيمة عشرة أثواب أجزاه من الكسوة ، و إن كان لا يبلغ ١٠ قيمته عشرة أثواب و بلغت قيمة الطعام أجزى عنه من الطعام .

و لو أن رجلا كسا عشرة مساكين أو أطعمهم ثم إن رجلا أقام على تلك[4] الكسوة و الطعام سنة فقضى له به لم يجز ذلك عن الذى أطعم ، و كان عليه أن يستقبل الطعام .

و لو أن رجلا كسا عن رجل بأمره عشرة مساكين أجزاه ذلك ١٥ و إن لم يعطه لها ثمنا ، و لو أعطى لها ثمنا أجزاه ذلك أيضا . و لو كسا عشرة مساكين بغير أمره فرضى بذلك لم يجز عنه .

---

(١) و فى هـ « الثوب » .
(٢) و فى هـ « ولا يجزى عنه » .
(٣) قوله « من تمر » ساقط من هـ .
(٤) و فى هـ « ذلك » .

و لو كسا عشرة مساكين[1] قبل أن يحنث في يمينه ثم حنث فهل لم تجزه تلك الكسوة من كفارته، و كانت عليه الكسوة بعد الحنث لأنه لا يبدأ بالكفارة قبل الحنث. و لو كسا عشرة مساكين ثم وجد بعضهم غنيا ليس بموضع للصدقة[2] و لم يكن يعلم بذلك حين كساه أجزى[3] ذلك عنه، لأنه ليس عليه أن يعلم أنهم فقراء إلا في الظاهر[5]، و هذا قول أبي حنيفة و محمد. و قال أبو يوسف: لا يجزيه في الغني.

و لو أنه أعطى من كفارة يمين[4] في أكفان الموتى أو في بناء مسجد أو في قضاء دين ميت أو في عتق رقبة لم يجز ذلك عن يمينه[6]. بلغنا

---

(١) من قوله «أجزاه ذلك ...» ص ٢٢٤ س ١٤ ساقط من م من هذا المقام، وأدرج في مقام غيره.

(٢) و في ز «الصدقة».

(٣) و في م «أجزاه».

(٤) و في هـ «يمينه».

(٥) و في هـ «و في».

(٦) و في المختصر و شرحه للسرخسي ٨/١٤٠: (و لو أعطى عن كفارة أعانه في أكفان الموتى أو في بناء مسجد أو قضاء دين ميت أو في عتق رقبة لم يجزه) لأن الواجب إنما يتأدى بالتمليك إلى الفقير، و التمليك لا يحصل بهذا، و قد بينا مثله في الزكاة أنه لا يجزيه؛ فإن قيل: في باب الكفارة التمليك غير محتاج إليه عندكم حتى يتأدى بالتمكين من الطعام بخلاف الزكاة! قلنا: لا يعتبر التمليك عند وجود ما هو المنصوص عليه، و هو فعل الإطعام، و مثل ذلك لا يوجد في هذه المواضع فلابد من اعتبار التمليك، و ذلك لا يحصل بتكفين الميت و بناء المسجد - اهـ.

عن إبراهيم النخعى أنه قال ذلك[1] .

و لوكسا ابن السبيل منقطع[2] به أو غازيا أوحاجا منقطع[2] به فكساه ثوبا أو أطعمه طعام مسكين أجزى ذلك عنه من مسكين واحد .

و لو أن رجلا كانت عليه يمينان فكسا عشرة مساكين كل مسكين ثوبين أجزاه[3] ذلك عن يمين واحدة ، و كانت عليه كسوة عشرة مساكين لليمين الأخرى فى قول أبى حنيفة و أبى يوسف ، و أما فى قول محمد فهو يجزى[4] .

ولو أن رجلا كسا خمسة مساكين و الطعام أرخص من الكسوة أجزاه ذلك عنه من الطعام ، ولم يجز[5] ذلك عنه من الكسوة .

(١) لم أجد من أسنده ، و ذكر فيه الأمور الأربعة ، و إنما روى ابن أبى شيبة عنه فى عتق رقبة فقط : حدثنا عبد الأعلى عن هشام عن بعض أصحابه عن إبراهيم أنه يكره أن يشترى من زكاة ماله رقبة يعتقها؛ و روى عن يحيى بن سعيد عن شعبة عن مغيرة عن إبراهيم أنه كره أن يشترى من الزكاة رقبة يعتقها ؛ و روى عن عامر الشعبي و سعيد بن جبير نحوه - ٢ / ٤٠ (فى الرقبة تعتق عن الزكاة) . قلت : و أمر الزكاة و الكفارة و احد .

(٢) كذا فى الأصول ، و فى المختصر « منقطعا » بالنصب و هو الظاهر ، و يجوز رفعه إذا قدر قبله مبتدأ ، أى : و هو منقطع .

(٣) و فى ز « اجزى » .

(٤) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ٨/١٥٠ : (و لوكانت عليه يمينان فكسا عشرة مساكين كل مسكين ثوبين عنهما أجزاه عن يمين واحدة فى قول أبى حنيفة و أبى يوسف) كما فى الطعام - اه .

(٥) و فى ه « ولم يجزه » .

و إذا كسا الرجل المساكين أو أطعمهم ثم مات بعضهم و هو وارثه فورث تلك الكسوة بعينها و ذلك الطعام بعينه لم يفسد ذلك عليه كسوته و لا طعامه، و كان ذلك يجزى عنه. و كذلك لو اشترى منهم تلك الكسوة بعينها و ذلك الطعام أجزى عنه فى كفارة اليمين و لم يفسد ذلك عليه شيئا. ٥

و لو وهبه له أولئك المساكين كان قد أجزى عنه صدقته عليهم فى كفارة يمينه، و لا تفسد هبتهم له صدقته عليهم[1]؛ بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أن بريرة كان يتصدق عليها بالشيء فتهديه إلى النبي صلى الله عليه و سلم فيقبله و يقول: هو لها صدقة و لنا هدية[2].

باب الصيام فى كفارة اليمين

و إذا حنث الرجل فى يمينه و هو معسر لا يجد ما يعتق و لا ما يكسو

---

(١) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (و إذ كسا من كفارة يمينه ثم مات المسكين فورثه هذا منه أو اشتراه فى حياته أو وهبه له لم يفسد ذلك عليه) لأن الواجب قد تأدى بوصول الصواب إلى ابن المسكين، و لم يبطل ذلك بما اعترض له من الأسباب، و قد بينا فى الزكاة نظيره، و الأصل فيه ما روى أن بريرة كانت يتصدق عليها و تهديه إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم و يقول «هى لها صدقة و لنا هدية» فهذا دليل على أن اختلاف أسباب الملك ينزل منزلة اختلاف الأعيان، و فى حديث أبى طلحة أنه تصدق على ابنته بحديقة له ثم ماتت فورثها منها فسأل رسول الله صلى الله عليه و سلم عن ذلك فقال عليه الصلاة و السلام «إن الله قبل منك صدقتك و رد عليك حديقتك» و الله أعلم بالصواب ـ اه ص ١٠٠.

(٢) قلت: قد مر حديث بريرة و تخريجه فى الاستحسان ص ١٤٤ - ١٤٦ فراجعه.

و لا ما يطعم فعليه الصيام ثلاثه أيام متتابعه ، فان صامها متفرقه لم يجز عنه[١] . بلغنا أنه فى قراءة ابن مسعود ﴿ ثلاثة أيام متتابعة[٢] ﴾ .

و لو صام ثلاثة أيام ثم أيسر فى اليوم الثالث انتقض صومه ذلك ، و كانت عليه الكفارة لأن الله تعالى يقول ﴿ فمن لم يجد فصيام ٥ ثلثة أيام ﴾ فهذا قد وجد فلا يجزيه[٣] الصوم ؛ و كذلك بلغنا عن عبد الله بن عباس و عن إبراهيم النخعى أنهما قالا ذلك[٤] .

و إذا احنث الرجل فى يمينه و هو معسر ثم أيسر قبل أن يكفر فعليه العتق أو الكسوة[٥] أو الطعام .

و لو حنث[٦] و هو موسر ثم احتاج كان عليه الصيام .

١٠ و على العبد إذا حنث فى يمينه الصيام . و لا يجزيه شيء غير ذلك . و كذلك المكاتب و المدبر و أم الولد . و لو أعتق أحد منهم[٧] قبل

---

(١) سقط كلمة « عنه » من ه .

(٢) وقد مر تخريج هذا البلاغ قبل ذلك فراجعه .

(٣) و فى ه « فلا يجزى » .

(٤) أما حديث ابن عباس فلم أجده ، وأما حديث إبراهيم فرواه : الإمام أبو يوسف فى آثاره : حدثنا يوسف عن أبيه عن أبى حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال فى الذى يصوم لمتعته ثم يجد هديا فى اليوم الثالث أو يصوم فى ظهاره أو فى كفارة يمين ثم يجد ما يعتق فى آخر صومه : إنه لا يجزيه الصوم ـ اه رقم ٤٩٢ ص ١٠٢ . وقد مر ذلك البلاغ قبل ذلك من غير تخريج .

(٥) و فى ه « و الكسوة » .

(٦) و فى ه « حنث الرجل .

(٧) و فى م « أحدهم »

أن

أن يصوم و أيسر لم يجزه الصوم، و كان عليه أى الكفارات شاء.

و لو أن رجلا أصبح مفطرا ثم عزم على الصوم الضحى يريد بذلك كفارة يمين لم يجزه ذلك، لأنه قد أصبح مفطرا. و لو صام فى كفارة اليمين ثم أكل فى صومه ناسيا أو شرب ناسيا كان صومه ذلك تاما و أجزى[1] عنه. بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه و سلم فى ٥ صوم رمضان[2]؛ فهو أشد من ذلك[3].

---

(١) و فى هـ «اجزاه».

(٢) أسنده المؤلف فى كتاب الحجة باب الرجل يأكل و يشرب ناسيا: أخبرنا سلام بن سليم عن أبى إسحاق السبيعى عن كريم عن الحارث عن على بن أبى طالب رضى الله عنه فى الرجل يأكل و هو صائم ناسيا قال: لا يفطر، فانما هى طعمة أطعمها الله إياه - اهـ ج ١ ص ٣٩٤. أخبرنا الربيع بن صبيح قال حدثنا الحسن البصرى قال قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: إذا أكل أحدكم أو شرب ناسيا و هو صائم فى شهر رمضان أو غير رمضان فان الله أطعمه و سقاه فليمض فى صومه - اهـ ص ٣٩٥. و أخرجه الأئمة الستة فى كتبهم من حديث محمد بن سيرين عن أبى هريرة رضى الله عنه، و اللفظ لأبى داود، قال: «جاء رجل إلى النبى عليه السلام فقال: يا رسول الله! إنى أكلت و شربت ناسيا و أنا صائم! فقال: الله أطعمك و سقاك»؛ و لفظ الباقين: «من نسى و هو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه، فانما أطعمه الله وسقاه»؛ و رواه ابن حبان فى صحيحه، والبزار فى مسنده، و الدارقطنى، و الحاكم فى مستدركه و قال: صحيح على شرط مسلم و لم يخرجاه، و الدارقطنى و البيهقى فى سننه و فى معرفة الحديث له، راجع نصب الراية ج ٢ ص ٤٤٥ و فيه تفصيل اختصرته أنا.

(٣) و فى ز «فهو فى ذلك أشد من ذلك» و ليس بشىء.

و لو أن رجلا صام ثلاثة أيام ثم مرض فى يوم منها فأفطر كان عليه أن يستقبل ، لأنها[1] ليست بمتتابعة . و كذلك المرأة لو صامت فحاضت فى الثلاثة الأيام كان عليها أن تستقبل الصوم[2] ، لأنها قد تقدر[3] أن تصوم ثلاثة أيام لا تكون فيها حائضا .

٥ و لو أن رجلا صام هذه الثلاثة أيام[4] فى أيام[5] التشريق لم يجزه ذلك ، لأنه بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه أمر مناديه : «[6]ألا لا تصوموا[6] هذه الثلاثة الأيام ، إنما هى أيام أكل و شرب[7]» ؛

(١) سقط لفظ « لأنها » من م .

(٢) سقط لفظ « الصوم » من م .

(٣) و فى ه « تعذر » ، تصحيف .

(٤) و فى ه « الأيام » .

(٥) سقط لفظ « أيام » من م .

(٦-٦) و فى ز « أن لا تصوموا ».

(٧) قلت : أخرجه المؤلف فى باب الأيام التى يكره فيها الصوم من موطئه ص ١٨٥ : أخبرنا مالك حدثنا أبو النضر مولى عمر بن عبيد الله عن سليمان بن يسار أن رسول الله صلى الله عليه و سلم نهى عن صيام أيام منى ؛ أخبرنا مالك أخبرنا يزيد ابن عبد الله بن الهاد عن أبى مرة مولى عقيل بن أبى طالب أن عبد الله بن عمرو ابن العاص دخل على أبيه فى أيام التشريق فقرب له طعاما فقال : كل ! فقال عبد الله لأبيه : إنى صائم ! قال: كل ، أما علمت أن رسول الله صلى الله عليه و سلم كان يأمرنا بالفطر فى هذه الأيام ! قال محمد : و بهذا نأخذ ، لا ينبغى أن يصام أيام التشريق لمتعة و لا لغيرها ، لما جاء من النهى عن صومها عن النبى صلى الله عليه وسلم=

= وهو قول أبي حنيفة و العامة من قبلنا، و قال مالك بن أنس: يصومها المتمتع الذى لا يجد الهدى أو فاتته الأيام الثلاثة قبل يوم النحر - اه ص ١٨٦ . وأخرج المؤلف فى آثاره باب ما يعاد من الصلاة و ما يكره منها: أخبرنا أبو حنيفة قال حدثنا عبد الملك بن عمير عن قزعة عن أبي سعيد الخدرى رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه و سلم أنه قال: لا صلاة بعد الغداة حتى تطلع الشمس، و لا صلاة بعد العصر حتى تغرب، و لا يصام هذان اليومان: الفطر و الأضحى - الحديث ج ١ ص ٢٨٦ . و رواه الإمام أبو يوسف فى آثاره بطوله ص ٢٠ رقمه ٩١ . و أخرجه الحارثى من طريق زفر و ابن زياد و أسد بن عمر وغيرهم من أصحاب الإمام مثله سندا و متنا . و أخرجه الحافظ طلحة بن محمد من طريق أبي يحيى الحماني و مصعب و القاسم بن الحكم عن الإمام؛ قال: و رواه عن أبي حنيفة حمزة و زفر و الحسن بن زياد و القاسم بن الحكم و أبو يوسف و أيوب بن هانئ و أسد بن عمرو و المنذر و أبو إسحاق و محمد بن الحسن و العلاء بن الحصين و أبو قرة و يوسف بن البندار و سعيد بن مسلمة و عبد الله بن يزيد المقرئ و النضر بن محمد . و أخرجه ابن خسرو من طريق محمد بن الحسن عن ابى حنيفة . و أخرجه الإمام محمد أيضا فى نسخته - راجع جامع المسانيد ج ١ ص ٣٠٥ . و أخرج أبو محمد الحارثى فى مسند الإمام عن أحمد بن محمد بن سعيد عن محمد بن محمد ابن الحسن عن محمد بن عبد الرحمن عن محمد بن المغيرة عن الحكم عن زفر عن أبي حنيفة عن عبد الملك بن عمير عن قزعة عن أبي سعيد الخدرى رضى الله تعالى عنه أن رسول الله صلى الله عليه و سلم نهى عن صيام ثلاثة أيام التشريق - اه ج ١ ص ٤٧٠ من جامع المسانيد . و أخرج المؤلف فى كتاب الحجة على أهل المدينة ١/٣٨٩ : اخبرنا الربيع بن صبيح عن يزيد الرقاشى عن أنس بن مالك رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه و سلم نهى عن صوم خمسة أيام: يوم الفطر، و يوم النحر، و أيام التشريق - اه .

و فى نصب الراية: هذا الحديث رواه ابن عباس و أبو هريرة و عبدالله بن حذافة =

=وأم خلدة و نبيشة الهذلى ؛ أما حديث ابن عباس فرواه الطبرانى فى معجمه الكبير: حدثنا الحسين بن إسحاق التسترى ثنا أبو كريب ثنا إبراهيم بن إسماعيل بن أبى حبيبة عن داود بن الحصين عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرسل أيام منى صائحا يصيح أن « لا تصوموا هذه الأيام فانها أيام أكل و شرب و بعال » ، و البعال وقاع النساء ـ اهـ ، و إسناده حسن ؛ و حديث أبى هريرة أخرجه الدارقطنى قال : بعث رسول الله صلى الله عليه و سلم بديل بن ورقاء الخزاعى على جمل أورق يصيح فى فجاج منى « ألا إن الذكاة فى الحلق و اللبة ، و لا تعجلوا الأنفس أن تزهق ، و أيام منى أيام أكل و شرب و بعال » و فى سنده سعيد بن سلام رماه أحمد بالكذب ؛ وحديث عبدالله بن حذافة أخرجه الدارقطنى أيضا من طريق الواقدى : بعثنى رسول الله صلى الله عليه و سلم على راحلته أيام منى أنادى « أيها الناس! إنها أيام أكل وشرب و بعال » ؛ وحديث أم خلدة الأنصارى رواه ابن أبى شيبة فى مصنفه فى الحج و إسحاق بن راهويه فى مسنده عن عمر بن خلدة عن أمه قال: (كذا) بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عليا ينادى ايام منى « إنها أيام أكل وشرب و بعال » زاد إسحاق فى حديثه « يعنى النكاح » و من طريق ابن أبى شيبة رواه الطبرانى فى معجمه وأبو يعلى فى مسنده ، و رواه عبد بن حميد فى مسنده ، و رواه أبو يعلى فى مسنده عن زيد بن خالد الجهنى قال : أمر رسول الله صلى الله عليه و سلم رجلا فنادى أيام التشريق « ألا إن هذه الأيام أيام أكل وشرب و نكاح » وأخرج مسلم فى صحيحه عن نبيشة الهذلى قال: رسول الله صلى الله عليه و سلم « أيام التشريق أيام أكل و شرب » و زاد فى طريق آخر « وذكر الله » ؛ قال المنذرى فى حواشيه : و قد روى هذا الحديث من رواية نبيشة و كعب بن مالك وعقبة بن عامر وبشر بن سحيم وأبى هريرة وعبد الله بن حذافة وعلى بن أبى طالب خرجها جماعة مع كثرة طرقها ، منها ما هو مقصور على الأكل والشرب ، ومنها ما فيه معها « وذكر الله » ومنها ما فيه « وصلاة » و ليس فى شيء منها « بعال » =

فعلى هذا الذى صامها أن يستقبل الصيام .

و لو أن رجلا صامها فى رمضان كان صومه ذلك من رمضان جائزا ، و كان عليه أن يستقبل صيام اليمين بعد أن يفرغ من رمضان .

و لو أن رجلا صام فيها يوم النحر[1] أو يوم الفطر و هو يعلم بذلك أو لا يعلم ثم علم بعد ذلك لم يجزه ذلك من الصيام[2] ، و كان عليه أن يستقبل الصوم . ٥

[3]و لو أن رجلا صامهن قبل أن يحنث فى يمينه لم يجزه ذلك وكان عليه أن يستقبل الصوم[3] إذا حنث . و لو صامهن و هو يجد ما يطعم أو يكسو لم يجزه ذلك ، لأن الله عز و جل يقول ﴿ فمن لم يجد فصيام ثلٰثة أيام ﴾ فهو قد وجد فلا يجزيه الصيام .

و لو أن رجلا كان ماله غائبا[4] عنه أو دين له على الناس فكان لا يجد ما يطعم و لا ما يكسو و لا يجد ما يعتق أجزاه أن يصوم

= وهي لفظ غريب؛ انتهى كلامه ـ كذا فى نصب الراية مختصرا ٢/٤٨٤، ٨٥ . و روى الدارقطنى عن محمد بن إسماعيل الفارسى عن عثمان بن خرزاذ عن محمد ابن خالد الطحان عن أبيه عن سعيد بن أبى عروبة عن قتادة عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن صوم خمسة أيام فى السنة : يوم الفطر ، و يوم النحر ، و ثلاثة أيام التشريق ـ اهـ ص ٢٥٢ .

(١) و فى « صام فيها فى رمضان كان صومه يوم النحر » سهو الناسخ .

(٢) لفظ « من الصيام » سقط من ه .

(٣ ـ ٣) من قوله « ولو أن رجلا صامهن » ساقط من ه .

(٤) و فى ه « غنيا » مكان « غائبا » تصحيف .

ثلاثة أيام فى كفارة يمينه[1] .

و لو أن رجلا له مال و عليه دين مثله أو أكثر أجزاه الصوم بعد مايقضى[2] دينه من ذلك المال[3] ؛ ألا ترى أن الصدقة تحل لهذا !

(١) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٥٥ : (و إذا حنث الرجل و هو معسر فعليه ثلاثة أيام متتابعة ، فان أصبح فى يوم مفطرا ثم عزم على الصوم عن كفارة يمينه لم يجزه) لأنه دين فى ذمته ، و ما كان دينا فى الذمة لايتأدى إلا بنية من الليل، و هذا لأنه إنما يتأدى بالنية من النهار صوم يوم توقف الإمساك فى أول النهار عليه باعتبار أن النية تستند إليه ، و هذا فيما يكون غنيا فى الوقت دون ما يكون دينا فى الذمة . (و إذا أفطرت المرأة فى هذا الصوم لمرض أو حيض فعليها أن تستقبل) لأنها تجد ثلاثة أيام خالية عن الحيض و المرض فلا تعذر فيها بالإفطار بعذر الحيض ، بخلاف الشهرين المتتابعين ، و قد بينا هذا فى الصوم (ولا يجزى الصوم عن هذا فى أيام التشريق) لأنه واجب فى ذمته بصفة الكمال ، والصوم فى هذه الأيام ناقص لأنه منهى عنه فلا يتأدى به ما وجب فى ذمته بصوم الكمال (فان كان لهذا المعسر مال غائب عنه أو دين و هو لا يجد ما يطعم أو يكسو و لا ما يعتق : أجزاه أن يصوم) لأن المانع قدرته على المال و ذلك لا يحصل بالملك دون اليد . فما يكون دينا على مفلس أو غائبا عنه فهو غير قادر على التكفير (إلا أن يكون فى ماله الغائب عبد فحينئذ لا يجزيه التكفير بالصوم) لأنه متمكن من التكفير بالعتق فان نفوذ العتق باعتبار الملك دون اليد (وكذلك العبد الآبق و هو يعلم حياته فانه لا يجزيه التكفير بالصوم) لقدرته على التكفير بالعتق ـ ص ١٥٦ .

(٢) و فى ه ، م « قبل أن يقضى » .

(٣) قال السرخسى فى شرح المختصر: (و لو كان له مال و عليه دين مثله أجزاه =

ولو أن عبدا صام فى كفارة يمين ثم أعتق قبل أن يفرغ فأصاب مالا لم[1] يجزه الصوم، وكان عليه الطعام أو الكسوة أو العتق[2].

ولو أن رجلا صام ستة أيام عن يمينين عليه أجزاه ذلك منهما[3] إذا كان لا يجد ما يطعم. وإن لم ينو ثلاثة أيام لكل واحد منهما أجزى عنه[4].

٥

= الصوم بعد ما يقضى دينه عن ذلك المال) وهذا غير مشكل لأنه بعد قضاء الدين بالمال غير واجد لمال يكفر به، وإنما الشبهة فيما إذا كفر بالصوم قبل أن يقضى دينه بالمال، فمن مشايخنا من يقول بأنه لا يجوز، ويستدل بالتقييد الذى ذكره بقوله «بعد ما يقضى دينه» وهذا لأن المعتبر هنا الوجود دون الغنى، وما لم يقض الدين بالمال فهو واجد، والأصح أنه يجزيه التكفير بالصوم لما أشار إليه فى الكتاب من قوله: ألا ترى أن الصدقة تحل لهذا! وفى هذا التعليل لا فرق بينما قبل قضاء الدين وبعده، وهذا لأن المال الذى فى يده مستحق بدينه فيجعل كالمعدوم فى حق التكفير بالصوم. كالمسافر إذا كان معه ماء وهو يخاف العطش يجوز له التيمم لأن الماء مستحق لعطشه فيجعل كالمعدوم فى حق التيمم - اه ص ١٥٦.

(١) سقط كلمة «لم» من هـ، م.

(٢) لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل، وقد بينا مثاله فى الحر المعسر إذا أيسر. فكذلك فى غيره. لأن السبب الموجب للكفارة بالمال متحقق فى حقه ولكن لانعدام الملك كان يكفر بالصوم وقد زال ذلك بالعتق فكان هو والحر سواء - كذا قال السرخسى فى شرح المسألة ٨ / ١٥٦.

(٣) وفى هـ «عنهما».

(٤) لأن الواجب عليه نية الكفارة دون نية التمييز، فان التميز فى الجنس =

و لو أن رجلا صام يومين ثم أفطر و[1] أطعم ثلاثة مساكين أو بدأ[2] بالطعام ثم الصيام لم يجزه ذلك ، و كان عليه أن يستقبل الصوم إن كان لا يجد ما يطعم[3] .

= الواحد غير مفيد، و إنما يستحق شرعا مايكون مفيدا ، والصوم فى نفسه أنواع فلا يتعين نوع من الكفارات إلابالنية ، فأما كفارات الأيمان نوع واحد فلا يعتبر نية لتميز فيما بينها ، كقضاء رمضان فان عليه أن ينوى القضاء و ليس عليه نية تعيين يوم الخميس و الجمعة ، ثم فرق أبو حنيفة و أبويوسف بين هذا و بين الإطعام و الكسوة من حيث أن هناك لو أعطى كل مسكين صاعا أو ثوبين عن يمينين لم يجز إلا عن واحد ، لأن الأداء يكون دفعة واحدة ، و هنا صوم ستة أيام عن يمينين لا يتصور دفعة واحدة بل ما لم يفرغ عن صوم ثلاثة أيام لا يتصور صوم ثلاثة أخرى ، فلهذا جاز كل ثلاثة عن كفارة و وزان هذا من الطعام و الكسوة ما لوفرق فعل الدفع ـ اه ما قاله السرخسى فى شرح المسألة ص ١٥٦ .

(١) و فى م « او » خطأ .

(٢) و فى ز « و بدأ » وليس بصواب .

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٥٦ (و إن كان عنده طعام إحدى الكفارتين فصام لإحداهما ثم أطعم للأخرى لم يجزه الصوم) لأنه كفر بالصوم فى حال وجود ما يكفر به من المال (وعليه أن يعيد الصوم) بعد التكفير بالإطعام لأنه لما كفر بالإطعام عن يمين فقد صار غير واجد فى حق اليمين الأخرى ، و هو نظير محدثين فى سفر وجدا من الماء مقدار ما يكفى لوضوء أحدهما فتيمم أحدهما أولا ثم توضأ الآخر به : فعلى من تيمم إعادة التيمم بعد ما توضأ به الآخر لهذا المعنى ـ اه ص ١٥٧ .

ولو أن رجلا كانت عليه يمينان وعنده طعام لإحداهما[1] فأطعم لها ثم صام للأخرى أجزاه ذلك، ولو صام لإحداهما[2] ثم أطعم بعد ذلك للأخرى لم يجزه الصوم، لأنه صام وهو يجد ما يطعم، وكان عليه أن يستقبل الصوم التى صام لها.

ولو صام رجل عن رجل بأمره فى كفارة يمينه أو فى غير ذلك ٥ لم يجزه ذلك، وكذلك لو أن ميتا أوصى عند موته أن يصام عنه فى كفارة يمين لم يجزه ذلك، لأنه لا يصوم أحد عن أحد، بلغنا ذلك عن ابن عمر رضى الله عنهما[3].

باب اليمين فى مجالس مختلفة

ولو أن رجلا حلف على أمر لا يفعله أبدا ثم حلف أيضا فى ١٠

---

(١) وفى ع، ه «لأحدهما».

(٢) وفى ه «لأحدهما» والصواب ما فى بقية الأصول.

(٣) وفى المختصر وشرحه للسرخسى: (ولا يجوز صوم أحد عن أحد) حي أو ميت (فى كفارة اليمين أوغيرها، لحديث ابن عمر رضى الله عنهما) موقوفا عليه ومرفوعا «لا يصوم أحد عن أحد» ولأن معنى العبادة فى الصوم فى الابتداء بما هو شاق على بدنه وهو الكف عن اقتضاء الشهوات، وهذا لا يحصل فى حق زيد بأداء عمرو - اه ٨/ ١٥٧. قلت: الحديث هذا أخرجه عبد الرزاق فى مصنفه فى كتاب الوصايا: أخبرنا عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال: لا يصلين أحد عن أحد، ولا يصومن أحد عن أحد، ولكن إن كنت فاعلا تصدقت عنه أو أهديت - انتهى. وفى الإمام رواه أبوبكر بن الجهم فى كتابه الموطأ بلاغ - اه ما فى ٢/ ٤٦٣ من نصب الراية بالاختصار.

ذلك المجلس أو فى مجلس آخر لا يفعله أيضا أبدا ثم فعل ذلك الذى حلف عليه كانت عليه كفارة يمينين، إلا أن يكون نوى باليمين الأخرى اليمين الأولى فيكون عليه كفارة واحدة، و إن لم يكن عنى باليمين الآخرة الأولى فعليه يمينان و عليه لهما كفارتان؛ بلغنا ذلك عن إبراهيم ٥ النخعى [١]. وكذلك لو أراد باليمين الآخرة التغليظ و التشديد [٢] على نفسه [٣].

(١) أخرجه المؤلف فى باب الظهار من آثاره ص ٩٠ : أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم فى الرجل يقول لامرأته «أنت على كظهر أمى أنت على كظهر أمى» يريد التغليظ : إن عليه كفارتين؛ قال: وكذلك اليمينان، فاذا أراد الأولى فهى واحدة؛ قال محمد: وبه نأخذ، وهو قول أبى حنيفة. وأخرجه الإمام أبو يوسف أيضا فى آثاره ص ١٥١ رقم ٦٩٣ : حدثنا يوسف عن أبيه عن أبى حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال فى الرجل يظاهر من امرأته ثم يظاهر أيضا مرتين : إن أراد التغليظ فعليه لكل ظهار كفارة ، و إن كان أراد ظهاره الأول فعليه كفارة واحدة ، و كذلك اليمين ـ اه .

(٢) و فى هـ « التسديد » .

(٣) و فى المختصر وشرحه للسرخسى ٨ / ١٥٧ (وإذا حلف الرجل على أمر لا يفعله أبدا ثم حلف فى ذلك المجلس أو فى مجلس آخر لا يفعله أبدا ثم فعله كانت عليه كفارة يمينين) لأن اليمين عقد يباشره بمبتدأ وخبر وهو شرط و جزاء، والثانى فى ذلك مثل الأول فهما عقدان فيوجد الشرط مرة واحدة يحنث فيهما، (و هذا إذا نوى يمينا أخرى أو نوى التغليظ) لأن معنى التغليظ بهذا يتحقق (أو لم يكن له نية) لأن المعتبر صيغة الكلام عند ذلك، ثم الكفارات لا تندرئ بالشبهات ، خصوصا فى كفارة اليمين فلا تتداخل (وأما إذا نوى بالكلام الثانى اليمين الأولى فعليه كفارة واحدة) لأنه قصد التكرار، والكلام الواحد=

ولو

ولو أن رجلا حلف على حق امرئ[1] مسلم على مال له عنده [2]لحلف ما له عنده[2] شيء و هو كاذب لم يكن عليه كفارة . و كذلك كل يمين تكون على المدعى عليه إنما يحلف على شيء قد مضى .

و قد[3] بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال : « اليمين الغموس تدع الديار بلاقع[4] » ؛ و هذا عندنا اليمين الغموس[5] . ٥

= قد يكرر ، فكان المنوى من محتملات لفظه وهو أمر بينه و بين ربه ، و روى أبو يوسف عن أبي حنيفة قال : هذا إذا كانت يمينه بحجة أو عمرة أو صوم أو صدقة ، فأما إذا كانت يمينه بالله تعالى فلا تصح نيته و عليه كفارتان ، قال أبو يوسف : هذا أحسن ما سمعنا منه ، و وجهه أن قوله « فعليه حجة » مذكور بصيغة الخبر فيحتمل أن يكون الثانى هو الأول ، فأما قوله « و الله » هذا إيجاب تعظيم المقسم به نفسه من غير أن يكون بصيغة الخبر فكان الثانى إيجابا كالأول ، فلا يحتمل معنى التكرار لأن ذلك فى الإخبار دون الإيقاع و الإيجاب ـ اهـ .

(١) و فى هـ « امر » تصحيف .

(٢ ـ ٢) من قوله « لحلف » ساقط من هـ .

(٣) سقط لفظ « قد » من ز .

(٤) أخرجه المؤلف فى آثاره ص ١٤٦ : أخبرنا أبو حنيفة عن ناصح عن يحيى بن أبي كثير اليمانى عن أبي سلمة عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه و سلم قال : ما من عمل أطيع الله فيه أعجل ثوابا من صلة الرحم ، و ما من عمل عصى الله فيه أعجل عقوبة من البغى ، و اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع ـ اهـ . قلت : و فى المغرب ٢/ ٧٩ : و البلقع المكان الخالى ، والمعنى أنه بسبب شومها تهلك الأموال وأصحابها فتبقى الديار بلاقع ، فكأنها هى صيرتها كذلك . قلت : وأخرجه الحارثى من طريق محمد بن الحسن و حماد بن أبي حنيفة و على بن ظبيان و أبي عبد الرحمن المقرئ ، وأخرجه طلحة بن محمد من طريق يونس بن بكير و محمد بن الحسن وعلى بن ظبيان =

و بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال: «من اقتطع بخصومته و جدله مال امرئ مسلم فليتبوأ مقعده من النار[١]»؛ فحال

= وأخرجه محمد بن المظفر من طريق القاسم بن الحكم و محمد، وأخرجه ابن خسرو من طريق محمد بن الحسن، و أخرجه محمد بن الحسن أيضا فى نسخته، و القاضى أبو بكر محمد بن عبد الباقى من طريق محمد بن الحسن، و الكلاعى من طريق محمد بن خالد الوهبى ـ اه مختصرا من جامع المسانيد ٢ / ٢٥٩ .

(٥) و فى المغرب ٢ / ٧٩ : و فى الحديث «اليمين الغموس تدع الديار بلاقع» و يروى «الفاجرة» أى الكاذبة، وسميت غموسا لأنها تغمس صاحبها فى الإثم فى النار، و فى بعض النسخ «يمين الغموس» أو «يمين الفاجرة» وهو خطأ لغة و سماعا ـ اه .

(١) أخرج الإمام مالك فى بحث الحنث على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ص٣٠٣ من موطئه عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب عن معبد بن كعب السلمى عن أخيه عبد الله بن كعب بن مالك الأنصارى عن أبى أمامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من اقتطع حق مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار، قالوا: و إن كان شيئا يسيرا يا رسول الله؟ قال: و إن كان قضيبا من أراك، و إن كان قضيبا من أراك، و إن كان قضيبا من أراك ـ قالها ثلاث مرات ـ اه. وأخرجه مسلم ١ / ٨٠ من طريق الإمام مالك نحوه. و أخرج البخارى ومسلم و غيرهما عن ابن مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: من حلف على يمين صبر يقتطع بها مال امرئ مسلم و هو فيها فاجر لقى الله و هو عليه غضبان ـ راجع ٤ / ٩٥ من نصب الراية . و أقرب ما ورد فيه من لفظ المؤلف آثار وردت فى مجمع الزوائد منها عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من حلف على يمين مصبورة و هو فيها كاذب فليتبوأ مقعده من النار ـ رواه الطبرانى فى الأوسط؛ قال الهيثمى: و فيه محمد بن عبد الله بن علاثة وثقه =

هذه اليمين شديدة و المأثم فيها عظيم ليس فيها[1] كفارة[2] .

و لو أن رجلا حلف بالله لا يفعل كذا وكذا ثم حلف على ذلك أيضا بحج ثم حلف[3] على ذلك أيضا بالعمرة ثم فعل ذلك الشيء كانت عليه

= ابن معين وضعفه غيره و رد تضعيفه، وعن سلمة بن الأكوع أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال على المنبر: لا يحلف أحد على يمين كاذبة إلا تبوأ مقعده من النار ـ رواه الطبرانى فى الأوسط و الكبير ، قال الهيثمى : و رجاله ثقات ؛ و عن الحارث بن البرصاء قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم وسلم يمشى بين جمرتين من الجمار و هو يقول : من أخذ شيئا من مال امرئ مسلم بيمين فاجرة فليتبوأ بيتا فى النار ـ رواه الطبرانى فى الكبير، قال الهيثمى : و رجاله رجال الصحيح ؛ و عن عمران بن حصين أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : من حلف على يمين كاذبة متعمدا فليتبوأ مقعده من النار ـ رواه الطبرانى فى الكبير ، وقال : فيه عمر بن إبراهيم العبدى و هو ثقة ؛ و فيه كلام راجع ج ٤ باب من يحلف يمينا كاذبة يقتطع بها مالا من مجمع الزوائد للحافظ الهيثمى . و فى ٤/٤ من كنز العمال : من شهد على مسلم شهادة ليس لها بأهل فليتبوأ مقعده من النار (حم و ابن أبى الدنيا فى ذم الغيبة عن أبى هريرة) . و فى ص ٥ منه : شاهد الزور لا تزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار (أبو سعيد النقاش فى القضاء عن ابن عمر) ـ اه . و فى مشكاة المصابيح و زجاجة المصابيح ٣/ ١٥٩ عن أبى ذر أنه سمع رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول : من ادعى ما ليس له فليس منا و ليتبوأ مقعده من النار ـ رواه مسلم .

(١) و فى ﻫ « فيه » تصحيف .

(٢) هذه هى العبارة التى أحال عليها السرخسى قبل ذلك و قلت فيها : ليست هنا بموجودة و ذكرها قبل مقامها .

(٣) كذا فى [illegible] ثم ؛ و فى ع ، ز « و حلف » .

كفارة يمين و حج و عمرة[١] . بلغنا ذلك عن إبراهيم النخعى[٢] .

و لو أن رجلا حلف بالله ليفعلن كذا وكذا فوقت لذلك[٣] وقتا و ذلك الشيء معصية لله تعالى كان الذى يحق عليه من ذلك[٤] أن لا يتم على ذلك و أن يترك الذى حلف عليه، فاذا ذهب الوقت و وجب عليه الحنث كفر يمينه. بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال : من حلف على يمين فرأى غيرها[٥] خيرا منها فليأت الذى هو خير و ليكفر عن يمينه[٦] .

و لو أن رجلا حلف ليفعلن كذا وكذا و لم يوقت لذلك وقتا كان فى سعة مما حلف عليه ، فمتى ما فعل ذلك بر فى يمينه و خرج منها ،

---

(١) و فى المختصر وشرحه ١٥٧/٨ : (وإذا كانت إحدى اليمينين بحجة والأخرى بالله فعليه كفارة وحجة) لأن معنى تكرار الأول غير محتمل هنا فانعقدت يمينان و قد حنث فيهما بايجاد الفعل مرة فيلزمه موجب كل واحد منهما ـ اه ص ١٥٨ .

(٢) لم أطلع على من أخرجه .

(٣) و فى م « لذلك الشيء » .

(٤) سقط قوله « من ذلك » من هـ .

(٥) كذا فى هـ ؛ وسقط لفظ « غيرها » من ع ، ز ، م .

(٦) كذا فى هـ ، و فى البقية « و ليكفر يمينه » و ما فى هـ موافق لما فى الموطأ ، أسنده المؤلف فى باب من حلف و نذر فى معصية من موطئه ص ٣٢٥ . و قد مر تخريج الحديث قبل ذلك فراجعه .

إلا

إلا أن يموت قبل أن يفعل ذلك، فاذا مات قبل أن يفعل ذلك وجبت[١] عليه الكفارة و ينبغى له أن يوصى بها عند موته[٢].

و لو أن رجلا حلف على يمين و استثنى فيها و قال « إن شاء الله » و وصلها بيمينه خرج من يمينه[٣].

و لو أن رجلا حلف على ذلك بأيمان كثيرة بعد أن تكون متصلة ٥ فقال: على كذا وكذا حجة، وكذا كذا[٤] عمرة، و مشى إلى بيت الله، و ماله فى المساكين صدقة[٥]، و عليه عهد الله و ميثاقه إن كلمت فلانا إن شاء الله؛ ثم كلمه لم يكن عليه حنث و لم يجب عليه[٦] شيء فى

(١) و فى هـ « وجب ».

(٢) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (فان حلف ليفعلن كذا إلى وقت كذا و ذلك الشيء معصية يحق عليه أن لا يفعله) لأنه منهى عن الإقدام على المعصية و لا يرتفع النهى بيمينه و لكن اليمين منعقدة، فاذا ذهب الوقت قبل أن يفعله فقد تحقق الحنث فيها بفوت شرط البر فيلزمه الكفارة (و إن لم يوقت فيه وقتا و ذلك الفعل مما يقدر على أن يأتى به) كشرب الخمر و الزنا و نحوه (لم يحنث إلى أن يموت) لأن الحنث بفوت شرط البر، وشرط البر بوجود ذلك الشيء منه فى عمره، فاذا مات قبل أن يفعله فقد تحقق الحنث بفوت شرط البر حين أشرف على الموت و وجبت عليه الكفارة فينبغى له أن يوصى بها لتقضى بعد موته، كما ينبغى أن يوصى بسائر ما عليه من حقوق الله تعالى، كالزكاة و نحوها - اهـ ص ١٥٨.

(٣) مرت مسألة الاستثناء قبل ذلك.

(٤) و فى هـ « وكذا وكذا ».

(٥) و فى هـ « صدقة عليه ».

(٦) سقط لفظ « عليه » من هـ.

أيمانه[1] ؛ و كذلك لو كان فيها عتق و طلاق . و بلغنا ذلك عن عطاء و طاوس و إبراهيم النخعى و غيرهم أنهم قالوا : من حلف بالطلاق أو بالعتاق فقال « إن شاء الله » فلا شيء عليه ، لا يقع عتاق و لا طلاق إذا استثنى[2] . و بلغنا عن عبد الله ابن عباس[3] و عن ابن مسعود[4] و ابن عمر[5]

(١) و فى المختصر و شرحه للسرخسى : (و إذا حلف بأيمان متصلة معطوفة بعضها على بعض و استثنى فى آخرها كان ذلك استثناء من جميعها) لأن الكلمات المعطوفة بعضها على بعض ككلام واحد فيؤثر الاستثناء فى إبطالها كلها اعتبارا للأيمان بالإيقاعات ، و قيل : هذا قول أبى حنيفة و محمد ، لأن الاستثناء عندهما لإبطال الكلام ، وحاجة اليمين الأولى كحاجة اليمين الثانية ، فأما عند أبى يوسف الاستثناء بمنزلة الشرط ، فانما ينصرف إلى ما يليه خاصة ، كما لو ذكر شرطا آخر ، لأن اليمين الأولى تامة بما ذكرها من الشرط و الجزاء فلا ينصرف الشرط المذكور آخرا إليها ، و قد بينا هذا فى الجامع - اه ص ١٥٨ .

(٢) قلت : و قدم قبل ذلك مثله ، و مر تخريجه فراجعه .

(٣) وقد مر تخريج حديث ابن عباس قبل ذلك فراجعه .

(٤) أسنده المؤلف فى كتاب الآثار له : أخبرنا أبو حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال : من حلف على يمين فقال « إن شاء الله » فقد استثنى - اه ص ١٢٣ .

(٥) أخرجه فى الآثار : أخبرنا أبو حنيفة قال حدثنا عبيد الله عن سعيد بن جميل عن ابن عمر رضى الله عنهما قال : من حلف على يمين فقال « إن شاء الله » فلا حنث عليه ؛ قال محمد : فبهذا نأخذ و هو قول أبى حنيفة فى الأيمان كلها إذا كان قوله « إن شاء الله » موصولا بكلامه قبل كلامه أو بعد كلامه - اه ص ١٢٣ . و أخرجه فى باب الاستثناء فى اليمين ص ٣٢٤ من موطئه : أخبرنا مالك حدثنا =

و عن إبراهيم النخعى[1] و غيرهم أنهم قالوا: من حلف على يمين فقال « إن شاء الله » فلا حنث عليه و لا كفارة . و كذلك لو قال « إلا أن يبدو لى » أو قال « إلا أن أرى خيرا من ذلك » فأما إذا قال « إلا أن لا أستطيع ذلك » فهو على وجهين[2] ، إن كان يعنى ما سبق من القضاء

= نافع أن عبد الله بن عمر قال « والله » ثم قال « إن شاء الله » ثم لم يفعل الذى حلف عليه لم يحنث؛ قال محمد: وبهذا نأخذ ، إذا قال « إن شاء الله » وصلها بيمينه فلا شيء عليه ، وهو قول أبى حنيفة .

(١) أخرجه فى كتاب الآثار ص ٩٠ و ص ١٢٤ : أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم فى رجل قال لامرأته « أنت طالق ثلاثا إن شاء الله » قال: ليس بشيء ، ولا يقع عليه الطلاق ، قال محمد : و بهذا نأخذ ، إذا كان استثناء موصولا بيمينه قدمه أو أخره ، و هو قول أبى حنيفة ـ اه ؛ أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: الاستثناء إذا كان متصلا و إلا فلا شيء ، قال محمد: و بهذا كله نأخذ و هو قول أبى حنيفة ، و ذلك يجزيه و إن لم يرفع به صوته ؛ أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم : إذا حرك شفتيه بالاستثناء فقد استثنى؛ قال محمد : و بهذا نأخذ ، وهو قول أبى حنيفة ـ اه ص ١٢٣ .

(٢) و قال السرخسى فى شرح المختصر ص ١٥٨ : فهذا على ثلاثة أوجه: فان كان يعنى ما سبق به من القضاء فهو موسع عليه ولا يلزمه الكفارة لأن المنوى من محتملات لفظه ، فالمذهب عند أهل السنة أن كل شيء بقضاء و قدر ، و أن الاستطاعة مع الفعل ، فاذا لم يفعل علمنا أن الاستطاعة التى قد استثنى بها لم توجد ، و لكن هذا فى اليمين بالله فان موجبة الكفارة و ذلك بينه و بين ربه ، فان كانت اليمين الطلاق أو العتاق فهو مدين فيما بينه و بين الله تعالى ، ولكن =

فهو موسع عليه و له أن يكلمه و لا يقع عليه شيء، و إن كان يعنى «إلا أن لا أستطيع» لشيء يعرض عليه من البلايا أو الحاجة التى حلف عليها فان فعل ذلك قبل أن يعرض ذلك له حنث؛ و إن[1] فعل بعد ما يقع به ما قال لم يحنث، و إن لم يكن[2] له نية فى الاستطاعة فهو ٥ على أمر يحدث و لا يكون على القضاء و لا على القدر إلا أن ينوى ذلك.

و لو أن رجلا قال «و الله لا أكلم فلانا و لا فلانا إن شاء الله» يعنى بالاستثناء اليمينين جميعا و لم يكن بينهما سكوت كان الاستثناء عليهما جميعا[3]. و كذلك[4] لو قال «علىّ حجة إن كلمت فلانا و علىّ عمرة

= لا يدين فى الحكم لأن العادة الظاهرة أن الناس يريدون بهذه الاستطاعة ارتفاع الموانع، فان الرجل يقول: أنا مستطيع لكذا ولا أستطيع أن أفعل كذا؛ على معنى أنه يمنعنى مانع من ذلك، قال الله تعالى "و لله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا" و فسر رسول الله صلى الله عليه و سلم الاستطاعة بالزاد و الراحلة، فاذا كان الظاهر هذا و القاضى مأمور باتباع الظاهر لا يدينه فى الحكم (فان كان يعنى شيئا يعرض من البلايا لم يسقط عنه يمينه ما لم يعرض ذلك الشيء، وكذلك إن لم يكن له نية فى الاستطاعة فهو على أمر يعرض له فلا يكون على القضاء و القدر ما لم ينوه) لما بينا أن الكلام المطلق محمول على ما هو الظاهر و المتعارف ـ اه ص ١٥٩.

(١) و فى هـ «فان».

(٢) و فى ز «و ان لم تكن».

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (و لو قال: و الله لا أكلم فلانا، و والله لا أكلم فلانا) رجلا آخر (إن شاء الله؛ يعنى بالاستثناء اليمينين جميعا كان الاستثناء =

إن

إن كلمت فلانا إن شاء الله ، فكلمه لم يحنث . فأما إذا[1] قال « عبدى حر إن كلمت فلانا ، عبدى الآخر حرّ إن كلمت فلانا إن شاء الله ، ثم كلمه كان عبده الأول حرا فى القضاء ، ولا يدين فى ذلك إلا فيما بينه وبين الله تعالى .

وكذا لو قال لامرأته « إن كلمت فلانا فأنت طالق ، أنت طالق ٥ إن كلمت فلانا إن شاء الله ، ثم كلمت فلانا كان فى القضاء يقع عليها التطليقة الأولى إذا كلمت فلانا ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان[2] يعنى فى الاستثناء ذلك كله فانه لا يقع عليها شىء فيما بينه وبين الله تعالى .

ولو قال « إن كلمت فلانا فأنت طالق ، أنت طالق إن شاء الله » كان هذا فى القضاء يحنث ، وفيما بينه وبين الله تعالى لا يقع[3] عليها ١٠ شىء حتى تكلمه . وكذلك العتق[4] فى هذا أيضا .

= عليهما) لكون إحدى اليمينين معطوفة على الأخرى ، وفى بعض النسخ لم يذكر حرف العطف ولكن قال « والله لا أكلم فلانا » وهذا صحيح أيضا لأن موجب هذه اليمين الكفارة وذلك أمر بينه وبين ربه (فاذا لم يسكت بين اليمينين كان المنوى من محتملات لفظه) أو يجعل الكلام الثانى للعطف دون القسم فكأنه قال « والله والله » ـ اه ص ١٥٩ . (٤) وفى ﻫ « وكذا » .

(١) وفى ﻫ « واذا » والصواب « فأما اذا » كما فى بقية الأصول .

(٢) وفى ﻫ « ان كان » .

(٣) وفى ﻫ « ولا يقع » تحريف .

(٤) وفى م « العبد » مكان « العتق » .

و كذلك لو قال لامرأته «إن حلفت بطلاقك فعبدى حر» و قال لعبده: إن حلفت بعتقك فامرأته طالق، فان[1] عبده يعتق لأنه قد حلف بطلاق امرأته. ألا ترى أنه لو قال «إن كلمت فلانا فأنت طالق» فانه قد حلف بطلاقها، و كان عبده حرا. و لو قال لها «إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، إن حلفت بطلاقك فأنت طالق» وقعت[2] عليه التطليقة الأولى و الثانية إن كان دخل بها، و كانت فى عدة منه لأنه قد حلف بطلاقها فى المرة الثانية فصارت طالقا بالتطليقة الأولى، و حلفه بطلاقها الثانية فصارت طالقا بالثانية أخرى، وصارت الثالثة[3] يمينا أخرى لم يحنث بعد إن عاد فى[4] الكلام وقعت عليها أيضا تطليقة أخرى، و إن كان لم يدخل بها و المسألة على حالها وقعت عليها تطليقه واحدة و سقط ما سوى ذلك[5].

و لو أن رجلا قال لعبده «أنت حر إن حلفت بطلاق امرأتى»

---

(١) و فى م «فانه» و ليس بشى.

(٢) و فى م «وجب» مكان «وقعت» و ليس بشىء.

(٣) و فى ه «الثانية» تصحيف.

(٤) سقط لفظ «فى» من ه، م.

(٥) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ٨/١٥٩: (و إن لم يكن دخل بها لا تطلق إلا و احدة) لأنها بانت بالأولى لا إلى عدة، و لأن شرط الحنث فى اليمين الثانية لا يوجد باليمين الثالثة لأن الشرط هو الحلف بطلاقها و ذلك لا يتحقق فى غير الملك بدون الإضافة إلى الملك، فلهذا لا تطلق إلا واحدة ـ اه ص ١٦٠.

ثم قال لامرأته « أنت طالق إن شئت » و لم يقل غير ذلك فان عبده رقيق و لا يقع عليه العتق ، و ليس هذا بيمين[١] . و كذلك لو قال لها « أمرك بيدك » أو « اختارى » أو « أنت طالق إذا حضت حيضة » فليس هذا بيمين[٢] . ألا ترى أنها لو قامت من مجلسها ذلك بطل ما جعل إليها من ذلك من « أمرك بيدك » أو « اختارى » . ٥

و لو قال لها « أنت طالق إن دخلت هذه الدار » لم يبطل ذلك أبدا و كانت طالقا متى ما دخلت[٣] الدار فهذه يمين يعتق بها[٤] العبد .

و كذلك قوله «أنت طالق إن تكلمت ، أو : أنت طالق إن قمت ،

---

(١) قال السرخسى فى شرحه ص ١٥٩ : و إن وجد الشرط و الجزاء صورة بل هو مخير بمنزلة قوله « أمرك بيدك » أو « اختارى » فقد خير رسول الله صلى الله عليه و سلم نساءه رضى الله عنهن مع نهيه عن اليمين بالطلاق ، و الدليل عليه أنه يشترط وجود المشية منها فى المجلس ، و لو كان يمينا لم يتوقف بالمجلس كقوله « أنت طالق » انتهى ص ١٦٠ .

(٢) و فى المختصر و شرحه للسرخسى : (وكذلك إذا قال « حضت حيضة » لم يعتق عبده) لأن هذا تفسير لطلاق السنة بمنزلة قوله «أنت طالق للسنة » ؛ و على قول زفر يعتق لأن هذا ليس بايقاع بطلاق السنة ، بدليل أنه لو جامعها فى الحيض ثم طهرت وقع الطلاق عليها ، و لو كان هذا كقوله للسنة لم يقع ؛ قلنا : هو سنى من وجه فلا يحنث بالحيض ، و تطلق لوجود الشرط حقيقة - اه ص ١٦٠ .

(٣) و فى ه « متى دخلت » .

(٤) و فى ه « فيها » مكان « بها » .

أو: أنت طالق إن حضت، فهذه يمين أيضا يقع بها عتق العبد و طلاق المرأة.

باب المساكنة فى كفارة اليمين

و لو أن رجلا حلف بالله أن لا يساكن فلانا و لا نية له فساكنه ٥ فى دار و كل واحد منهما فى مقصورة وحدها لم يحنث[1]، فان كان نوى ذلك فقد ساكنه و وقع عليه الحنث و الكفارة[2]، فان كان نوى حين حلف أن لا يساكنه فى بيت أو فى حجرة أو فى منزل واحد

---

(١) قال السرخسى فى شرح المختصر ١٦٠: لأن «المساكنة» على ميزان «المفاعلة»، فشرط حنثه وجود السكنى مع فلان، و السكنى المكث فى مكان على سبيل الاستقرار و الدوام فتكون المساكنة بوجود هذا الفعل منهما على سبيل المخالطة و المقارنة، و ذلك إذا سكنا بيتا واحدا أو سكنا فى دار كل واحد منهما فى بيت منها لأن جميع الدار مسكن واحد، فأما إذا كان فى دار مقاصير و حجر فكل مقصورة مسكن على حدة فلا يكون هو مساكنا فلانا فلا يحنث فى يمينه، بمنزلة ما لو سكنا فى محلة كل واحد منهما على حدة (إلى أن قال) و عن أبى يوسف قال: هذا إذا كانت الدار كبيرة نحو دار الوليد بالكوفة و نظيره دار نوح ببخارى، لأن ذلك بمنزلة المحلة، فأما إذا لم يكن بهذه الصفة فانه يحنث سواء كانت دارا تشتمل على مقاصير أو على بيوت، لأن فى عرف الناس هذا مسكن واحد و يعد الحالف مساكنا لصاحبه و إن كان كل واحد منهما فى مقصورة - اه بالاختصار ص ١٦١.

(٢) لأن المنوى من محتملات لفظه - كذا قاله السرخسى فى شرحه ص ١٦١.

يكونان

يكونان جميعا فيه لم يحنث حتى يساكنه فيما نوى ، وكذلك لو سمى[1] بيتا أو لم يسم بيتا ، و لو لم ينوه ثم ساكنه فى قرية أو فى مدينة و كل واحد منهما فى دار وحدها لم يحنث و لم يقع عليه اليمين إلا أن ينوى ذلك ، فان نوى أن لا يساكنه فى مدينة و لا فى قرية و لا فى مصر و لم يسم ذلك ، أو سمى ذلك فساكنه فى شىء من ذلك حنث . ٥ و لا تكون المساكنة فى ذلك إذا لم ينو إلا فى دار واحدة أو بيت واحد[2] .

و لو حلف أن لا يساكنه فى بيت فدخل عليه فى بيته زائرا أو أضافه فأقام فى بيته يوما أو يومين لم يحنث، لأن هذا ليس بمساكنة إلا أن ينوى هذا ، و إنما المساكنة النقلة إليه بمتاعه و أهله . ألا ترى أن الرجل ١٠ قد يمر بالقرية فيدخلها و يبيت[3] فيها و[4] يقيل فيها ثم يقول « ما سكنتها[5]

---

(١) و فى ه « سميا » تصحيف .

(٢) و عن أبى يوسف أنه فى هذا الفصل يحنث إذا جمعهما المكان الذى سمى فى السكنى و إن كان كل واحد منهما فى دار على حدة لأجل العرف فانه يقال : فلان يساكن فلانا قرية كذا و بلدة كذا و ان كان كل واحد منهما فى دار على حدة ، فأما فى ظاهر الرواية لا يحنث فى ذلك ، إلا أن ينويه فحينئذ تعمل نيته لما فيه من التشديد عليه ـ كذا قال السرخسى فى شرح المختصر ٨/١٦١ - ١٦٢ .

(٣) و فى م « فيبيت » .

(٤) و فى ه ، م « او » و ليس بصواب .

(٥) و فى ز « سكنها » .

قط ، فيكون صادقا[1] .

و لو أن رجلا كان ساكنا فى دار فحلف أن لا يسكنها و لا نية له ثم أقام فيها بعد يمينه يوما[2] أو أكثر من ذلك وقع عليه الحنث ، وكان قد سكنها فينبغى له حين حلف أن يخرج منها من ساعته[3] .

---

(١) و فى المختصر وشرحه للسرخسى : (وإن حلف لايساكنه فى بيت فدخل عليه فيه زائرا أو ضيفا و أقام فيه يوما أو يومين لم يحنث ، لأن هذا ليس بمساكنة ، إنما المساكنة بالاستقرار و الدوام و ذلك بمتاعه و ثقله) ألا ترى أن الإنسان يدخل فى المسجد كل يوم مرارا و لايسمى ساكنا فيه ، و يدخل على الأمير و يكون فى داره يوما و لا يسمى مساكنا له فى داره ! فكذلك هذا الذى دخل على فلان زائرا أو ضيفا لا يكون ساكنا فيه فلا يحنث (إلا أن ينويه) فحينئذ فى نيته تشديد عليه فيكون عاملا (ألا ترى أن الرجل قد يمر بالقرية فيبيت فيها و يقول : ما سكنتها قط ، فيكون صادقا) فى ذلك ـ اه ما قاله السرخسى ص ١٦٢ .

(٢) و فى « « يمينا » مكان « يوما » تصحيف .

(٣) لأن السكنى فعل مستدام حتى يضرب له مدة ، و يقال : سكن يوما أو شهرا ، والاستدامة كانشاء ، قال الله تعالى " و اما ينسينك الشيطان فلا تقعد بعد الذكرى " أى لا تمكث قاعدا ، فيجعل استدامة السكنى بعد يمينه كانشائه ، و كذلك اللبس و الركوب لأنه يستدام كالسكنى ، فأما إذا أخذ فى النقلة من ساعته أو فى نزع الثوب أوفى النزول عن الدابة لم يحنث عندنا استحسانا ، و فى القياس يحنث ، وهو قول زفرلوجود جزء من الفعل المحلوف عليه بعد يمينه إلى أن يفرغ عنه ـ اه ما قاله السرخسى فى شرح المسألة ٨/ ١٦٢ . و حجج الجانبين مبسوطة فيه ، راجعه إن شئت أن تقف على البحث الكامل .

و لو أن رجلا حلف أن لا يساكن فلانا فى دار قد سماها بعينها فاقتسما الدار و ضربا بينهما حائطا ثم فتح كل واحد منهما بابا لنفسه ثم سكن الحالف فى طائفة [1] و الآخر فى طائفة [2] : كان قد ساكنه و وقع عليه الحنث ، لأنه قد ساكنه فيها بعينها [3] .

و لو حلف لا يساكنه فى منزل و لم يكن له نية و لم يسم دارا بعينها و كانت الدار قد قسمت قبل ذلك فضربا حائطا بينهما و فتح كل واحد منهما بابا لنفسه على حدة ثم سكن الحالف فى أحد القسمين و الآخر فى القسم الآخر لم يقع عليه الحنث ، و كان على يمينه كما هو ، ولم يكن عليه حنث و لا كفارة [4] .

(١) و فى م « طابقة » فى كلا الحرفين - تصحيف .
(٢) سقط قوله « و الآخر فى طائفة » من ه .
(٣) لأنه قد ساكنه فيها بعينها ، و المعنى فيه أن شرط حنثه حين عقد اليمين أن يجمعهما فعل السكنى فى الموضع الذى عينه و قد وجد ذلك بعد القسمة و ضرب الحائط كما قبله - اه ما قاله السرخسى فى شرح هذه المسألة ص ١٦٤ .
(٤) سقط قوله « و لا كفارة » من ه . قال السرخسى : لأن هناك بالقسمة و ضرب الحائط صار كل جانب منزلا على حدة ، و لأن فى غير العين يعتبر الوصف و فى العين يعتبر العين دون الوصف ، كما لو حلف أن لا يكلم شابا فكلم شيخا كان شابا وقت يمينه لم يحنث ، بخلاف ما لو حلف أن لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ . و هذا لأنه فى الدار المعينة أظهر بيمينه التبرم منها لا من فلان ، و فى غير المعين إنما أظهر التبرم من مساكنة فلان ، و لا يكون مساكنا إذا لم يجمعهما منزل واحد - اه ما فى الشرح ص ١٦٤ .

و لو حلف رجل لا يساكن رجلا و لم يكن له نية فساكنه فى دار عظيمة فيها مقاصير فكان الحالف فى مقصورة يغلق عليها باب و يسكن الآخر فى مقصورة أخرى: لم يقع عليه الحنث، و إنما يقع اليمين فى هذا على المنزل الواحد. ألا ترى لو كان ساكنا فى ناحية من الدار ٥ مثل دار الوليد و كان الآخر فى منزل فى أقصاها أنه لا يحنث.

و إذا حلف الرجل[1] لا يساكن رجلا و هو يعنى فى بيت واحد فساكنه فى منزل و كل واحد فى بيت: لم يحنث[2].

و لو حلف أن لا يساكنه فى دار فهو كما عنى، إن ساكنه فى دار حنث.

١٠ و إذا حلف الرجل أن[3] لا يسكن دارا بعينها فهدمت و بنيت بناء آخر فسكنها و لم يكن له نية: فقد حنث، لأنها تلك الدار بعينها[4].

(١) و فى م «رجل».

( ) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٦٤: (و لو حلف أن لا يساكنه و هو ينوى فى بيت واحد فساكنه فى منزل كل واحد منهما فى بيت لم يحنث) لأنه نوى أكمل ما يكون من المساكنة فتصح نيته و يصير المنوى كالملفوظ ـ اه.

(٣) سقط حرف «أن» من م.

(٤) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٦٤: (و إن حلف أن لا يسكن دارا بعينها فهدمت و بنيت بناء آخر فسكنها يحنث لأنها تلك الدار بعينها)، و معنى هذا أن البناء وصف. و رفع البناء الأول و إحداث بناء آخر يغير الوصف. و فى العين لا معتبر بالوصف، و اسم الدار يبقى بعد هدم البناء، حتى لو سكنها كذلك صار حانثا، و هذا لأن اسم الدار لما أدير عليه الحائط فلا يزول ذلك برفع =

و إذا حلف الرجل لا يسكن دار فلان هذه فباع فلان داره تلك التى حلف عليها الرجل فسكنها الحالف فان كان حين حلف نوى ما دامت لفلان فانه لا يحنث ، و إن لم يكن نوى ذلك فانه يحنث[١] ، لأنها تلك الدار بعينها فى قول محمد ، و لا يحنث فى قول أبى حنيفة و أبى يوسف[٢] . ٥

= البناء ، أما ترى أن العرب تطلق اسم « الدار » على الخرابات التى لم يبق منها إلا الآثار، قال القائل :

عفت الديار محلها فمقامها

و قال الآخر :

يا دار مية بالعلياء فالسند

و هذا بخلاف ما لوحلف لا يسكن بيتا عينه فهدم حتى ترك صحراء ثم بنى بيت آخر فى ذلك الموضع فسكنه لم يحنث ، لأن اسم البيت يزول بهدم البناء ، ألا ترى أنه لوسكنه حين كان صحراء لم يحنث ! و هذا لأن البيت اسم لما يكون صالحا للبيتوتة فيه ، و الصحراء غير صالح لذلك اليمين المعقودة باسم لا يبقى بعد زوال الاسم ، ثم إنما حدث اسم البيت لذلك الموضع بالبناء الذى أحدث فكان هذا اسما غير ما عقد به اليمين و وزانه من الدار أن لو جعلها بستانا أوحماما ثم بنى دارا فسكنها لم يحنث ، لأن الاسم زال لما جعلها بستانا أوحماما ثم حدث اسم الدار بصفة حادثة فلم يكن ذلك الاسم الذى انعقد به اليمين ـ اه ص ١٦٥ .

(١) و فى هـ « لا يحنث » تحريف .

(٢) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ٨ / ١٦٥ : (و إذا حلف لا يسكن دار فلان هذه فباعها فسكن الحالف و لم تكن له نية لم يحنث فى قول أبى حنيفة و أبى يوسف ، [illegible]) و زفر (يحنث) وكذلك العبد و الثوب و كل ما يضاف إلى إنسان =

و إذا حلف الرجل لا يسكن بيتا فهدم ذلك البيت حتى ترك صحراء ثم بنى بيتا آخر فى ذلك الموضع فسكنه لم يحنث، لأن هذا ليس بذلك البيت، و هذا والدار مختلف، قد تسمى الدار دارا و لا بناء فيها، و لا يسمى البيت بيتا و هو صحراء[١]. و كل يمين حلف فى هذه ٥ السكنى كلها بعتق أو طلاق أو غير ذلك فهو سواء.

و إذا حلف الرجل لا يسكن دارا لفلان و لم يسم دارا بعينها و لم ينوها فسكن دارا له قد باعها لم يحنث[٢]، و إن سكن دارا له

= بالملك ـ الخ. راجعه إن أردت أن تطلع على أدلة الجانبين.

(١) مر تعليق هذه المسألة قبل ذلك فى شرح قوله «و إذا حلف الرجل أن لا يساكنه فى دار ـ إلى آخره» ص ... فراجعه.

(٢) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ٨ / ١٦٥ : (و إذا حلف أن لا يسكن دار فلان أو دارا لفلان و لم يسم دارا بعينها و لم ينوها فسكن دارا له قد باعها بعد يمينه لم يحنث) لأنه جعل شرط الحنث وجود السكنى فى دار مضافة إلى فلان و لم يوجد، بخلاف قوله: زوجة فلان، أو: صديق فلان، لأن هناك إنما يقصد هجرانها لعينها فيتعين ما كان موجودا وقت يمينه بناء على مقصوده، كما لو عينه، وذكر ابن سماعة عن أبى يوسف التسوية بينهما، و وجهه أنه عقد اليمين بالإضافة، و حقيقة ذلك فيما كان موجودا وقت يمينه، و لكن على هذه الرواية لا بد من أن يقال: إذا جمع بين الإضافة و التعيين يبقى اليمين بعد زوال الإضافة عند أبى يوسف، كما هو قول محمد، و أما إذا سكن دارا كانت مملوكة لفلان من وقت اليمين إلى وقت السكنى فهو حانث بالاتفاق ـ اهـ ص ١٦٦.

قد اشتراها حنث[1]، و إنما[2] يقع اليمين على ما يملك يوم يسكنها . ألا ترى أنه لو حلف لا يأكل من طعام لفلان[3] فأكل من طعام قد ابتاعه فلان بعد تلك اليمين: حنث[4] . و قال أبو يوسف: إذا حلف فالحلف على الدار التى يملك فلان يومئذ، و إن اشترى دارا أخرى فسكنها أو دخلها لم يحنث، و لا يشبه الدار الطعام و الشراب . ٥

و إذا حلف الرجل لا يسكن دارا لفلان فسكن دارا لفلان[5] و لآخر لم يحنث، لأنها ليست لفلان كلها، و لو كانت لفلان كلها إلا سهما[6] منها[7] من مائة سهم لم يحنث الحالف[8] .

---

(١) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (و إن سكن دارا اشتراها فلان بعد يمينه حنث فى قول أبى حنيفة و محمد، و لم يحنث فى قول أبى يوسف) وكذا العبد و الدابة و الثوب ـ اهـ ص ١٦٦.

(٢) سقط الواو من « و انما » من م .

(٣) سقط لفظ « لفلان » من هـ، و فى م « فلان » .

(٤) و فى المختصر وشرحه للسرخسى ص ١٦٦ : (ولو حلف لا يأكل طعام فلان، أو: لا يشرب شراب فلان، فتناوله شيئا مما استحدثه فلان لنفسه فهو حانث بالاتفاق، و قد أشار ابن سماعة إلى التسوية بين الكل عند أبى يوسف، لما بينا أنه عقد اليمين على الإضافة، فما لم يوجد حقيقة وقت اليمين لا يتناوله اليمين ـ اهـ .

(٥) سقط قوله « فسكن دارا لفلان » من هـ .

(٦) و فى هـ « بينهما » تصحيف، و الصواب « سهما » كما هو فى البقية .

(٧) و فى ز « سهما واحدا منها » .

(٨) و فى المختصر وشرحه للسرخسى ص ١٦٧ : (و إن حلف لا يسكن دارا لفلان فسكن دارا بينه و بين آخر لم يحنث، قل نصيب الآخر أو كثر) لأنه جعل شرط =

و إذا حلف الرجل لا يسكن دارا اشتراها فلان فاشترى فلان دارا لغيره فسكنها الحالف: حنث، إلا أن يكون نوى لا يسكن دارا اشتراها فلان لنفسه، فان نوى ذلك لم يحنث، و إن كان حلف بعتق أو طلاق لم يدين فى القضاء و وقع عليه ذلك و حنث[1].

٥ و إذا حلف الرجل لا يسكن بيتا ولا نية له فسكن بيتا من شعر من بيوت أهل البادية أو فسطاطا[2] أو خيمة لم يحنث الحالف إذا[3] كان من أهل الأمصار، و إنما يقع هذا على معانى كلام الناس، و لو كان من أهل بادية فسكن بيت شعر حنث[4].

= الحنث وجود السكنى فى دار يملكها فلان، و المملوك لفلان بعض هذه الدار وبعض الدار لايسمى دارا ـ اه.

(١) لأنه نوى التخصيص فى اللفظ العام ـ قاله السرخسى ص ١٦٧.

(٢) كذا فى المختصر، وكان فى الأصول «فسطاط».

(٣) و فى ه «إن» مكان «إذا».

(٤) لأن البيت اسم لموضع يبات فيه، واليمين يتقيد بما عرف من مقصود الحالف، فأهل الأمصار يسكنون البيوت المبنية عادة، و أهل البادية يسكنون البيوت المتخذة من الشعر، فاذا كان الحالف بدويا فقد علمنا أن هذا مقصوده بيمينه فيحنث، بخلاف ما كان من أهل الأمصار. واسم البيت للبنى حقيقة فلا يختلف فيه حكم أهل الأمصار وأهل البادية، لأن أهل البادية يسمون البيت للبنى حقيقة، و الأصل فى هذا أن سائلا سأل ابن مسعود رضى الله عنه فقال: إن صاحبا لنا أوجب بدنة أفتجزى البقرة! فقال: ممن صاحبكم؟ فقال: من بنى رياح، قال: ومتى اقتنت بنو رياح البقر! إنما وهم صاحبكم الإبل؛ فدل أن عند إطلاق الكلام يعتبر عرف المتكلم فيما يتقيد به كلامه ـ اه ما قاله السرخسى فى شرح المختصر ص ١٦٧.

و إذا حلف الرجل لا يسكن بيتا لفلان و لا نية له فسكن صُفّة لفلان حنث، لأن الصفة بيت، إلا أن يكون نوى البيوت دون الصفات، فان نوى ذلك لم يحنث. و كذلك لو حلف فى هذا بعتق أو طلاق دين فيما بينه و بين الله تعالى، و لا يدين فى القضاء[1].

و إذا حلف الرجل لا يسكن دار فلان هذه فسكن منزلا منها فقد سكنها، إلا أن يكون عنى لا يسكنها كلها، فان كان عنى ذلك لم يحنث حتى يسكنها كلها[2]، و إن لم يكن له نية فسكنها حنث، لأن كلام الناس على هذا يقع. و كذلك لو حلف على هذا بعتق أو طلاق.

(١) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (و إذا حلف لا يسكن بيتا لفلان فسكن صفة له حنث لأن الصفة بيت إلا أن يكون نوى البيوت دون الصفات، فيدين فيما بينه و بين الله ولا يدين فى القضاء) لأنه نوى تخصيص اللفظ العام، من أصحابنا من يقول: هذا الجواب بناء على عرف أهل الكوفة، لأن «الصفة» عندهم اسم لبيت يسكنونه يسمى صفا، و مثله فى ديارنا يسمى «كاشانه» فأما الصفة فى عرف ديارنا غير البيت فلا يطلق عليه اسم البيت بل ينفى عنه فيقال: هذا صفة وليس ببيت، فلا يحنث؛ قال: والأصح عندى أن مراده حقيقة ما نسميه الصفة، و وجهه أن البيت اسم لمبنى مسقف مدخله من جانب واحد و هو مبنى للبيتوتة فيه، و هذا موجود فى الصفة إلا أن مدخله أوسع من مدخل البيوت المعروفة فكان اسم البيت متناولا له فيحنث بسكناه (إلا أن يكون البيوت دون الصفات فحينئذ يصدق فيما بينه و بين الله تعالى) لأنه خص العام بنيته ـ اه ص ١٦٨.

(٢) لأنه نوى حقيقة كلامه، و مطلق الكلام و إن كان محمولا على المتعارف فنية الحقيقة تصح فيه، كما لوقال يوم يقدم فلان فامرأته طالق، حمل على =

و إذا حلف الرجل لا يسكن دارا لفلان و هو يعنى بأجر[١] و لم يقع قبل هذا كلام فسكنها بغير أجر فقد حنث ، و لا تغنى عنه النية هاهنا شيئا[٢] ، لأنه لم يكن قبل هذا كلام يذكر فيه الأجر[٣] .

و كذلك لو حلف لا يسكنها و هو[٤] يعنى عارية فسكنها[٥] بأجر ٥ أو سكنها على وجه غير عارية فانه يحنث .

باب الدخول فى كفارة اليمين

و إذا حلف الرجل لايدخل بيتا لفلان و لم يسم بيتا بعينه و لم ينوه و لم يكن[٦] له نية فى يمينه ثم دخل بيتا لفلان هو فيه ساكن

= الوقت للعرف ، فان نوى حقيقة بياض النهار عملت نيته فى ذلك ، فهذا مثله ، حتى لو كان حلف بعتق أو طلاق يدين فى القضاء لأن هذه حقيقة غير مهجورة ـ اه شرح السرخسى ص ١٦٨ .

(١) كذا فى ز ، م ؛ وفى ه ، ع « باخر » .

(٢) لأنه نوى التخصيص فيما ليس من لفظه ، فان فى لفظه فعل السكنى و هو نوى التخصيص فى السبب الذى يتمكن به من السكنى ، إلا أن يكون قبل هذا كلام يدل عليه ، بأنه استعاره فأبى فحلف وهو ينوى العارية ثم سكن بأجر فحينئذ لا يحنث ، لأن مطلق الكلام يتقيد بدلالة الحال و يصير ذلك كالمنصوص عليه ـ اه ما قاله السرخسى فى شرح المسألة ص ١٦٨ .

(٣) و فى ه « الاخر » تصحيف .

(٤) وفى ه « و هى » .

(٥) سقط لفظ « فسكنها » من ه .

(٦) وفى ز « و لم تكن » .

فانه يحنث، لأن هذا بيت لفلان . ألا ترى أنك تقول: بيت فلان ، و منزل فلان[1] ـ و هو ساكن فيه باجارة أو سكنى .

و إذا حلف الرجل أن[2] لايدخل على فلان و لم يسم شيئا و لم يكن[3] له نية فدخل عليه فى بيته فانه يحنث[4] . وكذلك إن دخل عليه فى بيت لرجل آخر ، و كذلك لو دخل عليه فى صفة البيت ، و البيت و الصفة سواء ، لأن الصفة بيت . و لو كان الحالف من أهل البادية فحلف لا يدخل عليه بيتا فدخل عليه فى بيت شعر أو بيتا مبنيا كان سواء وكان[5] يحنث فى ذلك[6] .

(١) سقط لفظ « فلان » من ه .

(٢) سقط لفظ « أن » من ه .

(٣) و فى ز « و لم تكن » .

(٤) وفى ه « حنث » .

(٥) سقط لفظ « كان » من ه .

(٦) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٦٩ : (و إذا حلف لا يدخل على فلان و لم يسم شيئا و لم يكن له نية فدخل عليه فى بيته أو فى بيت غيره أو فى صفة حنث) لأنه وجد الدخول على فلان فان الدخول عليه فى موضع يبيت هو فيه أو يجلس لدخول الزائرين عليه ، و ذلك يكون فى بيته تارة و فى بيت غيره أخرى ، والصفة فى هذه كالبيت فيحنث لهذا (و إن دخل عليه فى مسجد لم يحنث) لأنه معد للعبادة فيه لا للبيتوتة والجلوس لدخول الزائرين عليه ، وكذلك إن دخل عليه فى ظلة أو سقيفة أو دهليز باب دار لم يحنث لأن العرف الظاهر أن جلوسه لدخول الزائرين عليه لايكون فى مثل هذه المواضع عادة . و إنما يكون نادرا عند الضرورة ، فأما الجلوس عادة يكون فى الصفة أو البيت ، فهو =

و لو حلف رجل لا يدخل بيتا أبدا و لم يكن[1] له نية و لم يسم شيئا فدخل المسجد لم يحنث؛ و لو دخل الكعبة لم يحنث، لأن الكعبة مصلى بمنزلة المسجد[2]، و كل شيء من المساكن يقع عليه اسم بيت فهو بيت يحنث فيه إن دخله، و كل شيء لا يقع عليه اسم بيت[3]
٥ فانه لا يحنث[4]، ألا ترى أنه لو دخل عليه فى قبة أو ظلة لم يحنث.

و إذا حلف الرجل لا يدخل[5] بيت فلان هذا، فهدم ذلك البيت حتى صار صحراء ثم دخل ذلك المكان لم يحنث، لأنه لا يسمى بيتا

= و إن أتاه فى هذه المواضع لا يكون داخلا عليه و لا يحنث (وكذلك لودخل عليه فى فسطاط أو خيمة أو بيت شعر لم يحنث إلا أن يكون الحالف من أهل البادية) و الحاصل أنه جعل قوله «لا أدخل على فلان» و قوله «لا أدخل عليه بيتا» سواء لاعتبار العرف، كما بينا - اه.

(١) و فى ز «لم تكن».

(٢) و فى المختصر وشرحه للسرخسى ص١٦٩: (و إذا حلف لا يدخل عليه بيتا فدخل فى المسجد أو الكعبة لم يحنث) لأنه مصلى و البيت اسم للوضع المعد للبيتوتة فيه، فان قيل: أليس أن الله تعالى سمى الكعبة بيتا بقوله "ان اول بيت وضع للناس" و سمى المساجد بيوتا فى قوله "فى بيوت اذن الله"! قلنا: قد بينا أن الأيمان لا تنبنى على لفظ القرآن، وقد سمى بيت العنكبوت بيتا فقال "وان اوهن البيوت لبيت العنكبوت" ثم هذا لا يدل على أن مطلق اسم البيت فى اليمين يتناوله - اه ص ١٧٠.

(٣) قوله «اسم بيت» كذا فى أكثر الأصول، وفى ه «اسم المساكن بيت» تحريف.

(٤) قال السرخسى: و مراده ما يطلق عليه الاسم عادة فى الاستعمال - اه ص ١٧٠.

(٥) سقط قوله «لا يدخل» من م.

و قد صار صحراء . و لو بنى فى موضعه بيتا آخر[1] فدخله لم يحنث ، لأن هذا ليس بذلك البيت ، و ليس الدار فى هذا كالبيت .

ولوحلف لا يدخل دارا بعينها فهدمت تلك الدار حتى صارت صحراء ثم دخلها حنث ، لأنها ليست دارا[2] أخرى ؛ و كذلك لو بنيت دارا[3] أخرى كانت تلك الدار بعينها ، و البيت لا يكون بيتا إلا بالبناء ، ٥ و الدار قد تكون دارا بغير بناء .

و إذا حلف الرجل [4]أن لا يدخل[4] على فلان و لم ينو شيئا فدخل الدار و فلان فيها لم يحنث . ألا ترى أن فلانا لو كان فى بيت منها لا يراه الداخل لم يكن داخلا عليه ! أ رأيت لو كانت دارا عظيمة فيها منازل فكان فلان فى منزل منها فدخل الحالف منزلا آخر منها و هو يحسب أن فلانا فيه لم يحنث و لم يكن داخلا على فلان ! و إنما يقع اليمين فى هذا إذا دخل عليه بيتا أو صفة .

و إذا حلف الرجل لا يدخل على فلان بيتا[5] فدخل بيتا[6] و فلان فيه لا ينوى بذلك الدخول عليه : لم يحنث . أ رأيت لو نوى الدخول على

---

(١) و فى ز « شيئا آخر » .

(٢) و فى هـ « دار » .

(٣) و فى ز « دار » .

(٤-٤) و فى هـ ، م « لا يدخل » .

(٥) و فى هـ « دارا » مكان « بيتا » .

(٦) و فى هـ « بيتا منها » .

غيره وهو فى البيت معه أ كان يحنث؟ إنما دخل على غير الذى حلف عليه .

و إذا حلف الرجل أن لايدخل[1] على فلان دارا فدخل عليه فى داره فانه يحنث[2] و كذلك لو نوى دارا و لم يسم .

و إذا حلف الرجل لا يدخل بيتا و هو فيه داخل فأقام فيه بعد ٥ الحلف أياما : لم يحنث ، لأنه لم يدخل ، و ليس الدخول فى هذا كالسكنى[3] . ألا ترى أنه لم يستقبل دخولا مذ حلف ، و السكنى ما أقام فى البيت فهو له ساكن . ألا ترى أنه لو قال « و الله لأسكنن[4] هذا البيت غدا » و هو فيه يوم حلف ساكن فأقام فيه حتى مضى غدا كان ساكنا فيه و كان[5] قد بر فى يمينه و كان ساكنا كما قال .

---

(١) و فى هـ « و إذا حلف الرجل لا يدخل » .

(٢) كذا فى ع ، هـ ؛ و فى ز ، م « لم يحنث » و لم يذكر المسألة السرخسى . و فى المختصر : و إن حلف لايدخل عليه دارا فدخل عليه فى داره يحنث ـ اهـ ق ٢٤٥ .

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى : (و لو حلف لايدخل بيتا و هو فيه داخل فمكث فيه أياما لم يحنث) لأن الدخول هو الانفصال من الخارج إلى الداخل و لم يوجد ذلك بعد يمينه ، إنما وجد المكث فيه و ذلك غير الدخول (و هذا بخلاف السكنى) لأنه فعل مستدام يضرب له مدة فتكون للاستدامة فيه حكم الانشاء ، فأما الدخول ليس بمستدام ، ألا ترى أنه لايضرب له المدة فانه لايقال : دخل يوما أو شهرا ، إنما يقال : دخل و مكث فيه يوما ـ اهـ ص ١٧٠ .

(٤) و فى هـ « لا اسكن » .

(٥) سقط لفظ « كان » من هـ .

و لو قال « و الله لأدخلنه غدا » ثم أقام حتى مضى غدا[1] حنث ، لأنه لم يدخل كما قال . قلت : فإن نوى لأدخلنه غدا أن يقيم فيه كما هو ففعل[2] ذلك ؟ قال : هذا بر ، و لا يحنث إذا نوى ذلك[3] .

و إذا قال الرجل « و الله لا أدخل هذه الدار إلا عابر سبيل » فدخلها ليقعد فيها أو دخلها ليعود مريضا فيها أو دخلها ليطعم[4] فيها و لم يكن[5] ٥ له نية حين حلف فانه يحنث ، و لكن إذا دخلها مجتازا ثم بدا له فقعد فيها لم يحنث ، و إنما أضع اليمين إذا حلف لا يدخلها إلا عابر سبيل مثل قوله « و الله لا أدخلها إلا مار الطريق ، و الله لا أدخلها إلا مجتازا » إلا أن ينوى أن لا أدخلها[6] يريد النزول فيها ، فان نوى ذلك فانه يسعه ، و إن دخلها يريد أن يطعم فيها أو يقعد لحاجة و لا يريد المقام فيها فانه ١٠ لا يحنث ، [لأنه[7]] كذلك نوى[8] .

---

(١) و فى ه « قد » تصحيف « غد » . (٢) و فى ه « يفعل » تصحيف .

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى : (و لو قال « و الله لأدخلنه غدا » فأقام فيه حتى مضى الغد حنث) لأن شرط بره وجود فعل الدخول فى غد و لم يوجد ، إنما وجد المكث فيه (فاذا نوى بالدخول الإقامة فيه لم يحنث) لأن المنوى من محتملات لفظه ، فان الدخول لمقصود الإقامة و كأنه جعل ذكر الدخول كناية عما هو المقصود فلهذا لم يحنث ـ اه ص ١٧٠ .

(٤) سقط لفظ « ليطعم » من ه . (٥) و فى ز « لم تكن » .

(٦) و فى المختصر « إلا أن ينوى أن لا يدخلها » و فى شرحه « و إن نوى بكلامه أن لا يدخلها » .

(٧) كذا فى المختصر ، و حرف « لأنه » لم يذكر فى الأصول التى بأيدينا ، و زدناه منه ليرتبط به بين الجملتين و إن كانت العبارة بدونه أيضا مستقيمة .

(٨) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٧٠ : (و إن قال « و الله لا أدخلها =

و إذا حلف الرجل لا يدخل دار فلان هذه فباع فلان داره تلك من آخر فدخلها الحالف و لم يكن[1] له نية حين حلف فانه لا يحنث متى ما دخلها[2] فى قول أبى حنيفة و أبى يوسف، و قال محمد بن الحسن: يحنث إذا قال « هذه الدار »؛ فان كان نوى حين حلف أن لا يدخلها ما دامت ٥ لفلان فباعها فلان أو خرجت من ملكه بغير بيع فدخلها فانه لا يحنث، و إن لم يكن[1] له نية فانه يحنث متى ما دخلها فى قول محمد بن الحسن[3]. أ لا ترى أنه لو قال « و الله لا أكلم صاحب هذه الدار » فكلمه بعد ما باعها حنث! أ لا ترى أنه لو قال « و الله لا أكلم فلانا[4] زوج فلانة »

= إلا عابر سبيل » فدخلها ليقعد فيها أو يعود مريضا أو يطعم حنث) لأنه عقد يمينه على الدخول و استثنى دخولا بصفة وهو أن يكون عابر سبيل أى مجتازا ومار طريق. قال الله تعالى " ولا جنبا إلا عابرى سبيل " و قد وجد الدخول لا على وجه المستثنى فيحنث (و إن دخلها مجتازا ثم بدا له أن يقعد فيها لم يحنث) لأن دخوله على الوجه المستثنى فلم يحنث به، و ما وراء ذلك مكث فى الدار وذلك غير الدخول فلا يحنث به أيضا (و إن نوى بكلامه أن لا يدخلها يريد النزول فيها صحت نيته) لأنه عابر سبيل يكون مجتازا فى موضع ولا يكون نازلا فيه. فجعل هذا مستثنى دليل على أن مراده منع نفسه عما هو ضده وهو الدخول للنزول. فاذا صحت نيته صار المنوى كالملفوظ (و إذا دخلها يريد أن يطعم أو يقعد لحاجة و لا يريد المقام فيها لم يحنث) لأن شرط حنثه دخول بصفة و هو أن لا يكون للسكنى و القرار و لم يوجد - اه ص ١٧١ .

(١) و فى ز « لم تكن » .
(٢) و فى ه « متى دخلها » .
(٣) لم يذكر الحاكم هذه [illegible] ، و لم يشرحه السرخسى.
(٤) سقط لفظ « فلانا » من ه .

فكلمه

فكلمه بعد ما طلقها حنث ! أو قال « و الله لا أكلم فلانة امرأة فلان » فكلمها بعد ما طلقها حنث ! و كذلك لو قال « و الله لا أكلم عبد فلان هذا[1] » فكلمه بعد ما باعه فلان أو بعد ما أعتقه فانه يحنث فى قول محمد .

و إذا قال « و الله لا أدخل دار فلان هذه » فجعلها فلان بستانا أو مسجدا أو جعلها غير ذلك فدخلها : لم يحنث ، لأنها[2] قد تغيرت عن ٥ حالها و صارت غير دار[3] . و كذلك لو صنعت بيعة أو حماما . و كذلك لو كانت دارا صغيرة فجعلها بيتا واحدا و أشرع بابه إلى الطريق أو إلى دار فدخلها : لم يحنث ، لأنها قد تغيرت و صارت بيتا[4] .

و إذا حلف الرجل لا يدخل لفلان دارا و لم يسم شيئا و لم يكن[5] له نية فدخل دارا قد باعها فلان لم يحنث لأنه لم يدخل له ١٠ دارا . و إن دخل دارا و فلان فيها باجارة أو بغير إجارة فانه يحنث ، لأنه قد دخل دار فلان . ألا ترى أنك تقول « دخلت منزل فلان »

---

(١) سقط لفظ « هذا » من ه .

(٢) كذا فى ه ، م و المختصر ؛ و فى ع ، ز « لأنه » .

(٣) قال السرخسى : و لم يرد تغيير الوصف لأن ذلك لا يرفع اليمين إذا لم يكن وصفا داعيا إلى اليمين ، و إنما أراد تغيير الاسم لأنه عقد اليمين باسم الدار ، والبستان و المسجد و الحمام غير الدار ، فاذا لم يبق ذلك الاسم لا يبقى اليمين ـ اه ١٧١/٨ .

(٤) قال السرخسى : و هذه إشارة إلى ما قلنا : إن اسم البيت غير اسم الدار ، فمن ضرورة اسم البيت لهذه البقعة زوال اسم الدار ـ اه ص ١٧١ .

(٥) و فى ز « لم تكن » .

و إنما هو فيه بأجرة! و يقول الرجل «هذا منزلى، و هذه دارى» و هو معه[1] بالأجرة! و هذا فى كلام الناس جائز[2].

و إذا حلف الرجل لا يدخل بيتا بعينه فهدم سقف ذلك البيت و بقيت حيطانه ثم دخله[3] حنث، لأنه ذلك البيت[4]. ألا ترى أنك ٥ تقول «هذا بيت فلان» و قد هدم سقفه.

و إذا حلف الرجل لا يدخل دارا اشتراها فلان و لم يكن[5] له نية فدخل دارا اشتراها فلان لغيره فانه يحنث[6]. ألا ترى أن فلانا هو الذى[7] اشتراها! و إن كان حين[8] حلف نوى لا يدخل دارا اشتراها فلان لنفسه فان النية تسعه، و لا يحنث فى دخوله هذه الدار.

---

(١) كذا فى الأصول، و فى المختصر «فيه».
(٢) مرت المسألة فى ابتداء الباب، ولم يذكرها الحاكم فى مختصره هنا ولاهناك.
(٣) كذا فى ع، ز، م؛ و فى ه «دخل».
(٤) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (و إن حلف لا يدخل بيتا بعينه فهدم سقفه و بقيت حيطانه فدخله حنث لأنه بيت) و إن انهدم سقفه، قال الله تعالى "فتلك بيوتهم خاوية بما ظلموا" أى ساقطة سقفها، ولأن البيت اسم لما هو صالح للبيتوتة فيه، و ما بقيت الحيطان فهو صالح لذلك و لم يكن مسقفا، بخلاف ما لو انهدمت الحيطان لأنه صار صحراء غير صالح للبيتوتة فلا يتناوله اسم البيت - اهـ ص ١٧١.
(٥) و فى ز «لم تكن».
(٦) و فى ه «حنث».
(٧) كذا فى م، و سقط لفظ «الذى» من البقية.
(٨) سقط لفظ «حين» من ه.

و إذا اشترى فلان دارا و آخر معه اشترياها جميعا لأنفسهما فدخلها١ لم يحنث ، لأن فلانا لم يشترها كلها٢ .

و إذا حلف الرجل لا يدخل دار فلان فاحتمله إنسان فأدخله و هو كاره لم يحنث . ألا ترى أنه إنما أدخلها و لم يدخل هو ! و إن أمر رجلا فاحتمله فأدخله فقد دخل و حنث . و إن دخلها على دابة ٥ فقد دخل و حنث٣ .

و إذا حلف الرجل لا يضع قدمه فى دار فلان فدخلها راكبا أو ماشيا عليه حذاء أو ليس٤ عليه حذاء فانه يحنث ، لأن معانى كلام

---

(١) و فى ه « فدخلاها » تصحيف .

(٢) لم يذكر المسألة الحاكم و لا الشارح .

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى : (و إن حلف لا يدخل دار فلان فاحتمله إنسان فأدخله و هو كاره لم يحنث) لأنه مدخل لا داخل ، ألا ترى أن الميت قد يدخل الدار وفعل الدخول منه لا يتحقق (و إن أدخله بأمره حنث) لأن فعل الغير بأمره كفعله بنفسه ، فأما إذا لم يأمره و لكنه غير ممتنع راض بقلبه حتى أدخله فقد قال بعض مشايخنا : يحنث لأنه لما كان متمكنا من الامتناع فلم يفعل صار كالآمر ، و إدخاله مكرها إنما يكون مستثنى لأنه لا يستطيع الامتناع منه ؛ و الأصح أنه لا يحنث لأنه عقد يمينه على فعل نفسه ، و قد انعدم فعله حقيقة و حكما لأن فعل الغير بغير أمره و استعماله إياه لا يصير مضافا إليه حكما إلا بأمره و لم يوجد ، و أما بترك المنع و الرضا بالقلب فلا (و إن دخلها على دابة حنث) لأن سير الدابة يضاف إلى راكبها ، ألا ترى أن الراكب ضامن لما تطأ دابته وأنه يتمكن من إيقافه متى شاء ! فكان هذا و الدخول ماشيا سواء - اه‍ ص ١٧١ .

(٤) كذا فى ه و هو الصواب ، و فى البقية « و ليس » .

الناس هٰهنا إنما تقع[1] على الدخول . و إن كان[2] نوى حين حلف أن «لا أضع قدمى[3] فيها ماشيا» فدخلها راكبا لم يحنث[4] .

و إذا حلف الرجل لا يدخل دار فــلان فقام على حائط من حيطانها حنث[5] ، و لو قام فى طاق باب الدار غير أن الباب إذا أغلق[6] كان الرجل دونه . و كذلك إن حلف لا يدخل بيتا فقام فى بابه و الباب بينه و بين البيت إذا أغلق[6] فانه لا يحنث . و لو[7] كان داخلا فى البيت أو فى الدار فحلف لا يخرج فقام فى موضع و الباب إذا أغلق كان الرجل خارجا من البيت و الدار فانه يحنث ، لأنه قد خرج .

(١) و فى ز ، م « يقع » .

(٢) و فى م « كانوا » و ليس بشىء .

(٣) سقط لفظ « قدمى » من م .

(٤) لأنه نوى حقيقة كلامه ، و هذه حقيقة مستعملة غير مهجورة ـ اهـ قاله السرخسي فى شرحه ص ١٧٢ .

(٥) و فى المختصر و شرحه للسرخسي ص ١٧٢ : (و إن حلف لا يدخلها فقام على حائط من حيطانها حنث) لأنه قد دخلها ، فان القائم على حائط من حيطانها ليس بخارج منها فعرفنا أنه داخل فيها ، ألا ترى أن السارق لو أخذ فى ذلك الموضع و معه المال لم يقطع كما أخذ فى صحن الدار ! توضيحه أن الدار اسم لما أدير عليه الحائط فيكون الحائط داخلا فيه ، ألا ترى أنه يدخل فى بيع الدار من غير ذكر ـ اهـ .

(٦) كذا فى هـ ، ز ، م ؛ و فى ع « غلق » .

(٧) و فى م « و ان » .

و إذا حلف الرجل لا يدخل دارا فأدخل إحدى رجليه الدار
و لم يدخل الأخرى فانه لا يحنث لأنه لم يدخل .

و إذا حلف الرجل لا يدخل دارا لفلان بعينها فدخل من حائط
لها ذليل [1] حتى قام على سطح من سطوحها فقد دخل الدار . و لو أنه
دخل بيتا من تلك الدار قد أشرع إلى السكة كان [2] قد دخل ٥
الدار و حنث [3] .

---

(١) و فى هـ ، م « دليل » بالمهملة ، و الصواب « ذليل » بالمعجمة كما فى ع ،
ز . و فى المغرب : حائط ذليل ، أى دقيق ، على الاستعارة - اهـ ج ٢ ص ١٩٢ .
(٢) كذا فى أكثر الأصول ، و فى هـ « فانه » مكان « كان » .
(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى : (و إن حلف لا يدخل فى الدار فقام
على السطح يحنث) لأن السطح من الدار ، ألا ترى أن من نام على سطح الدار
يستجيز من نفسه أن يقول : بت الليلة فى دارى (و لو قام فى طاق باب الدار
و الباب بينه و بين الدار لم يحنث) لأن الباب لإحراز الدار و ما فيها ، فكل
موضع إذا رد الباب بقى خارجا فليس ذلك من الدار فلا يحنث لأنه لم يدخلها
(و إن كان بحيث لو رد الباب بقى داخلا فهذا قد دخلها فيحنث ، و لو كان
داخلا فيها فحلف أن لا يخرج فقام فى مقام يكون الباب بينه و بين الدار إذا
أغلقت حنث) لأن الخروج انفصال من الداخل إلى الخارج و قد وجد ذلك
حين وصل إلى هذا الموضع (و إن أخرج إحدى رجليه لم يحنث ، و كذلك
إن حلف أن لا يدخلها فأدخل إحدى رجليه لم يحنث) لأن قيامه بالرجلين
فلا يكون باحداهما خارجا و لا داخلا ، ألا ترى أن النبى صلى الله عليه وسلم لما وعد
أبى بن كعب رضى الله تعالى عنه أن يعلمه سورة ليس فى التوراة و لا فى الإنجيل
مثلها قبل أن يخرج من المسجد فعلمه بعد ما أخرج إحدى رجليه و لم يكن مخالفا =

و إذا حلف الرجل لا يدخل دار فلان و لا نية له فدخل بيتا فى علوها على الطريق الأعظم أو دخل كنيفا منها شارعا إلى الطريق الأعظم حنث، و كان هذا دخولا فى الدار [١] [و الله تعالى أعلم ـ [٢]].

باب الخروج فى كفارة اليمين

٥　و اذا حلف الرجل على امرأته بالطلاق أو بالعتاق أو بيمين غير ذلك لا تخرج [٣] من الدار حتى يأذن لها و لم يكن [٤] له نية فأذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعد ذلك بغير إذن لم يقع عليه شيء من

= لوعدم، من أصحابنا من يقول: هذا إذا كان الداخل و الخارج مستويان، فان كان الخارج أسفل من الداخل فباحدى الرجلين يصير خارجا لهذا المعنى، و الأول أصح لأنه لم يوجد شرط الحنث حقيقة فلا يحنث، و اعتبار إحدى الرجلين يوجب أن يكون حانثا و الرجل الأخرى تمنع من ذلك فلا يحنث بالشك (و إن دخل من حائط لها حتى قام على سطح من سطوحها فقد دخلها) لما بينا أن السطح مما أدير عليه الحائط فالداخل إليه يكون داخلا فيها ـ اه ص ١٧٢ .

(١) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٧٢ : (و لو دخل بيتا من تلك الدار قد أشرع إلى السكة حنث) لأنه مما أدير عليه الحائط، و هذا إذا كان لذلك البيت باب فى الدار و باب فى السكة (و إن دخل فى علوها على الطريق الأعظم أو دخل كنيفا منها شارعا إلى الطريق حنث) و هذا إذا كانت مفتحة فى الدار لأنه من حجر الدار و مرافقه فالداخل إليه لا يكون خارجا من الدار، و إذا لم يكن خارجا كان داخلا فى الدار ـ اه ص ١٧٣ .

(٢) ما بين المربعين زيادة من م .

(٣) و فى م « لا يخرج » وليس بشيء .

(٤) و فى [illegible] .

تلك الأيمان[1] . و كذلك لو حلف بذلك لا تخرج أبدا إلا أن يأذن[2] لها ، فان كان نوى حين حلف [3]أن لا تخرج[3] أبدا حتى يأذن لها فى كل مرة فخرجت مرة باذنه و مرة بغير إذنه[4] فان اليمين يقع عليها .

و إذا حلف الرجل لا تخرج امرأته من منزله إلا باذنه أبدا فحلف على ذلك بعتق أو طلاق فخرجت مرة باذنه و مرة أخرى بغير إذنه فانه يحنث و يقع عليه اليمين ، و لو لم يسم فى[5] ذلك أبدا كان كذلك أيضا[6] . فان نوى بذلك مرة واحدة فانه إن أذن لها مرة واحدة

---

(١) لأن « حتى » للغاية . قال الله تعالى " حتى مطلع الفجر" و اليمين يتوقت بالتوقيت ، و من حكم الغاية أن يكون ما بعدها بخلاف ما قبلها ، فاذا انتهت اليمين بالإذن مرة لم يحنث بعد ذلك ، و إن خرجت بغير إذنه إلا أن ينوى الإذن فى كل مرة فحينئذ يكون مشددا الأمر على نفسه بلفظ يحتمله ـ اهـ . ما قاله السرخسى ص ١٧٣ .

(٢) و فى هـ « لا باذن » .

(٣ - ٣) من ز ، و فى هـ « لا تخرج » و فى ع . م « أن لا يخرج » تصحيف .

(٤) سقط قوله « و مرة بغير إذنه » من هـ .

(٥) سقط لفظ « فى » من هـ .

(٦) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٧٣ : (و لو قال « إلا باذنى » فلا بد من الإذن لكل مرة ، حتى إذا خرجت مرة بغير إذنه حنث) لأنه استثنى خروجا بصفة و هو أن يكون باذنه ، فان الباء للالصاق فكل خروج لا يكون بتلك الصفة كان شرط الحنث ؛ و معنى كلامه « إلا مستأذنة » قال الله تعالى " و ما نتنزل إلا بأمر ربك " أى مأمورين بذلك ، و نظيره إن خرجت إلا بقناع أو إلا بملاءة ، فاذا خرجت بغير قناع أو بغير ملاءة حنث ـ اهـ .

سقطت عنه الأيمان .

و قوله « إلا أن آذن[1] لك » مثل قوله « حتى آذن لك » و مثل قوله « حتى يقدم فلان[2] » . و قوله « إلا باذنى » مثل قوله « لا تخرجى أبدا إلا راكبة، أو: على دابة، أو: إلا[3] بدابة » فلا بد من أن يكون ذلك معها فى كل مرة ، و إلا حنث .

و إذا حلف الرجل على امرأته لا تخرج من بيته فخرجت إلى الدار فانه يحنث[4] ، لأنه قد سمى البيت . و كذلك و حلف[5] رجل على

(١) و فى م، هـ « الا آذن » .

(٢) قال السرخسى فى شرح المختصر . (فأما إذا قال: إلا أن آذن لها ، فهذا بمنزلة « حتى » إذا وجد الإذن مرة لا يبقى اليمين فيه) لأن « إلا أن » بمعنى « حتى » فيما يتوقت ، قال الله تعالى " الا ان يحاط بكم " ألا ترى أنه لا يستقيم إظهار المصدر هنا ! بخلاف قوله « إلا باذنى » فانه يستقيم أن يقول « إلا خروجا باذنى » فعرفنا أنه صفة للستثنى ، و هنا لو قال « إلا خروجا أن آذن لك » كان كلاما مختلا ، فعرفنا أنه بمعنى التوقيت . وفيه طعن الفراء و قد بينا ـ اهـ .

(٣) و فى هـ « و إلا » و الصواب « أو إلا » .

(٤) لأنه جعل شرط الحنث الخروج من البيت نصا ، و البيت غير الدار فبالوصول إلى صحن الدار صارت خارجة من البيت ، بخلاف ما لو حلف أن لا تخرج لأن مقصوده هنا الخروج إلى السكة و الوصول إلى موضع يراها الناس فيه ، و لا يوجد ذلك بخروجها إلى صحن الدار ـ اهـ ما قاله السرخسى .

(٥) كذا فى الأصول، والصواب « و لو حلف » أو « و إن حلف » كما فى المختصر « و إن حلف » .

رجل لا يدخل بيته فدخل داره لم يحنث[1] ، لأن الحلف[2] إنما كان على البيت .

و إذا حلف الرجل على بعض أهله أن لا تخرج[3] من باب هذه الدار فخرجت من هذه الدار من غير الباب لم يحنث[4] . و كذلك لو حلف لا يدخل من باب هذه الدار بابا بعينه فدخل من غير الباب ٥ لم يحنث[5] . و لو أحدث[6] للدار بابا آخر فخرج منه أو دخل منه حنث ،

---

(١) و فى المختصر و شرحه للسرخسى : (و إن حلف لا يدخل فلان بيته فدخل داره لم يحنث) لما بينا أنه سمى البيت نصا ، و الدار غير البيت فالداخل فى الدار لا يكون داخلا فى البيت ، ألا ترى أن الإنسان قد يأذن لغيره فى دخول داره و لا يأذن فى دخول بيته - اه ص ١٧٣ .

(٢) و فى م «الحنث» مكان «الحلف» .

(٣) و فى ه «لايخرج» و هو فى م مهمل .

(٤) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٧٣ : (و لو حلف على امرأته أن تخرج من باب هذه الدار فخرجت من غير الباب لم يحنث) لأنه حلف بتسمية الباب ، فان قيل : مقصوده منعها من الخروج لكيلا يراها الأجانب و ذلك لا يختلف بالباب و غير الباب ؛ قلنا : اعتبار مقصوده يكون مع مراعاة لفظه ، ولا يجوز إلغاء اللفظ لاعتبار المقصود ، ثم قد يمنعها من الخروج إلى الباب لكيلا يراها الجار المحاذى ، و ربما يتهمها بانسان إذا خرجت من الباب رآها ، و إذا خرجت من غير الباب لم يرها ، و ربما يكون على الباب كلب فكان تقييد الباب مفيدا فيجب اعتباره - اه ص ١٧٤ .

(٥) و فى المختصر و شرحه للسرخسى : (و كذلك لو حلف على باب بعينه فخرجت من باب آخر لم يحنث) مراعاة للفظه ، ألا ترى أن يعقوب عليه السلام =

إلا أن يكون قال « من هذا الباب » فانه لا يحنث لأن اليمين وقعت على الباب الأول و هذا باب آخر ، و البيت فى هذا و الدار سواء .

و لو[1] حلف لا تخرج[2] من الدار فاحتملها هو[3] فأخرجها لم يحنث لأنها لم تخرج ، إنما أخرجت[4] . و كذلك لو احتملها غيره فأخرجها ،

٥ إلا أن تكون[5] هي[6] امرأته فتكون هي التي خرجت و يقع عليها اليمين .

و إذا حلف على أحد من أهله لا يخرج من المنزل إلا أن يأذن له فأذن له حيث لا يسمع و لم يكن حاضرا لذلك فان هذا لا يكون باذن ، و هذا قول أبي حنيفة و محمد . و فيها قول آخر قول أبي يوسف :

١٠ إن هذا إذن حضر أو لم يحضر[7] .

= قال لأولاده " لا تدخلوا من باب واحد وادخلوا من ابواب متفرقة " وكان ذلك منه امرا انما هو مقيد ـ اهـ ص ١٧٤ . (٦) و فى ز « ولو انه احدث » .

(١) و فى ز « اذا » مكان « و لو » .

(٢) كذا فى أكثر الأصول ، و فى هـ « لا يخرج » تصحيف .

(٣) سقط لفظ « هو » من م .

(٤) و فى هـ « خرجت بحمله » .

(٥) و فى هـ « يكون » .

(٦) كذا فى أكثر الأصول ، و فى هـ « فى » مكان « هى » .

(٧) قال السرخسى فى شرح المختصر : (و إن حلف أن لا تخرج إلا باذنه فأذن لها من حيث لا تسمع لم يكن إذنا فى قول أبي حنيفة و محمد . و قال أبو يوسف : هو إذن) لأن الأذن فعل الاذن يتم به كالرضا ، و لو حلف أن لا تخرج إلا برضاه =

و إذا حلف الرجل على بعض أهله لا يخرج من المنزل إلا فى كذا و كذا فخرجت فى ذلك الشيء مرة ثم خرجت فى غيره فانه يحنث[١]. فان كان عنى أن لا تخرج هذه المرة إلا فى كذا و كذا فخرجت فيه تلك المرة ثم خرجت فى غير ذلك: لم يحنث[٢]. و إذا خرجت لذلك الشيء الذى حلف عليه ثم بدا لها[٣] فانطلقت فى غيره و لم تنطلق فى ذلك لم يحنث[٤]، ٥ لأن الخروج كان فى الذى حلف عليه بعينه و لا يفسد ذلك انطلاقها[٥] فى غيره[٦].

و إذا حلف الرجل على بعض أهله لا يخرج[٧] مع فلان من المنزل

= فرضى بذلك و لم تسمع فخرجت لم يحنث! فهذا مثله، و أبو حنيفة و محمد قال: الإذن إما أن يكون مشتقا من الوقوع فى الإذن و ذلك لا يحصل إلا بالسماع، أو يكون مشتقا من الأذان و هو الإعلام، قال الله تعالى "و اذان من الله و رسوله" و ذلك لا يحصل إلا بالسماع، بخلاف الرضا فانه بالقلب يكون، توضيحه أن مقصوده من هذا ألا تتجاسر بالخروج قبل أن تستأذنه، و هذا المقصود لا يحصل إذا لم تسمع باذنه، فكان وجوده كعدمه - اه ص ١٧٤.

(١) لوجود الخروج، لا على وجه المستثنى - قاله السرخسى ص ١٧٤.

(٢) لأنه خص اللفظ العام بنيته - كذا قاله السرخسى.

(٣) و فى ه «له» تحريف.

(٤) و فى ه «لم تحنث» و ليس بشيء.

(٥) وكان فى الأصول «ان طلاقها» تصحيف، والصواب «انطلاقها» إن شاء الله.

(٦) قال السرخسى: لأن خروجها بالصفة المستثنى ثم بعد ذلك وجد منها الذهاب فى حاجة أخرى لا الخروج، و شرط حنثه الخروج - اه ص ١٧٤.

(٧) كذا فى ز؛ و فى ع، ه «لا تخرج» و هو فى م غير منقوط.

و لا نية له فخرج معه غيره ثم خرج فلان فلحقه لم يحنث[1] . و كذلك لو حلف لا يدخل فلان عليها بيتا فدخل فلان البيت و ليست المرأة فيه ثم دخلت المرأة بعد ذلك البيت و فلان فيه فاجتمعا جميعا لم يحنث، لأن فلانا لم يدخل عليها ، إنما هى التى دخلت عليه .

٥ و لو حلف رجل على بعض أهله أن لا يخرج[2] من الدار فدخل بيتا فى علوها أو كنيفا شارعا إلى الطريق الأعظم لم يكن هذا خروجا من الدار و لم يحنث ، لأنها فيها بعد ، لأن الكنيف من الدار و العلو من الدار .

باب الكفارة فى اليمين فى أكل الطعام

١٠ و إذا حلف الرجل لا يأكل طعاما و لا يشرب شرابا[3] فذاق من ذلك شيئا و لم يدخله[4] جوفه و لا حلقه فانه: لا يحنث[5] ، فأما إذا قال

(١) لأن الخروج الانفصال من الداخل إلى الخارج ، و لم يكن مع فلان ، وذلك شرط حنثه فلهذا لا يحنث و إن لحقه فلان بعد ذلك ـ اهـ ما قاله السرخسى فى شرح المختصر .

(٢) كذا فى ز ، هـ؛ و هو فى ع ، م غير منقوط .

(٣) و فى هـ « و لا شرابا » .

(٤) و فى هـ « و لم يدخل » .

(٥) قال السرخسى فى شرح المختصر : لأنه عقد يمينه على فعل الأكل و الشرب، و الذوق ليس بأكل و لا شرب فان الأكل إيصال الشىء إلى جوفه بفيه مهشوما أو غير مهشوم ممضوغا أو غير ممضوغ مما يتأتى فيه الهشم و المضغ ، و الشرب أيضا إيصال الشىء إلى جوفه بفيه مما لا يتأتى فيه الهشم و المضغ فى حال اتصاله =

«لا أذوق طعاما و لا أذوق شرابا» فذاق شيئا من ذلك لم يدخل[1] جوفه فانه يحنث. و إن عنى شربه و أكله[2] فانه لا يحنث حتى يشربه و يأكله[3]. فأما إذا قال «لا أذوق طعاما و لا أذوق شرابا» و لا نية له فذاق شيئا من ذلك و لم يدخل جوفه فانه يحنث. ألا ترى أن الصائم يقول «قد ذقت كذا و كذا[4]» و لا يفطره ذلك! و لو تمضمض فى وضوء الصلاة لم يحنث! و لم يكن هذا من الذوق، و إنما الذوق عندنا ما دخل فاه يريد أن يعلم ما طعمه[5].

و إذا حلف الرجل لا يأكل شيئين من الطعام فسماهما فقال «و الله لا آكل كذا و كذا» فأيهما أكل حنث. ألا ترى أنه لو قال «و الله

= و الذوق معرفة طعم الشيء بفيه من غير إدخال عينه فى حلقه، ألا ترى أن الصائم إذا ذاق شيئا لم يفطره، و الأكل و الشرب مفطر له! و متى عقد يمينه على فعل فأتى بما هو دونه لم يحنث، و إن أتى بما هو فوقه حنث لأنه أتى بالمحلوف عليه و زيادة - اه ص ١٧٥.

(١) و فى ز «لم يدخله».

(٢) و فى هـ «اكله و شربه».

(٣) و فى هـ «يأكله و يشربه».

(٤) و فى ز «كذا كذا».

(٥) و فى المختصر و شرحه للسرخسي: (و إن لم تكن له نية فيمينه على حقيقة ذلك) لأن ذلك متعارف أيضا، إلا أنه روى هشام عن محمد أنه إذا تقدم ما يدل على أن مراده الأكل لا يحنث ما لم يأكل بأن قال «تغد معى» فحلف أن لا يذوق طعامه فيمينه على الأكل، لأن ما تقدم دليل عليه و ذلك فوق نيته - اه ص ١٧٥.

لا آكل قليلا و لا كثيرا، حنث! و لو قال «و الله لا أذوق طعاما و لا شرابا» فذاق أحدهما حنث. وكذلك لو قال «و الله لا أكلم فلانا أو فلانا» فأيهما كلم حنث[١].

و إذا حلف الرجل لا يأكل لحما و لم يكن[٢] له نية فأكل سمكا لم يحنث، لأن اللحم هنا و اليمين[٣] إنما يقع على معانى كلام الناس. ألا ترى أنه لو أكل ربيثا[٤] أو صحناه أو صيرا[٥] أو كنعدا[٦] لم يحنث!

(١) لأنه كرر حرف النفى فتبين أن مراده نفى كل واحد منهما على الانفراد، كما قال تعالى "لا يسمعون فيها لغوا و لا تأثيما" (و كذلك لو قال: لا آكل كذا و لا كذا، أو: لا أكلم فلانا و لا فلانا) و كذلك إن أدخل حرف «أو» بينهما لأن فى موضع النفى حرف «أو» بمعنى «و لا» قال الله تعالى" و لا تطع منهم آثما او كفورا" يعنى «و لا كفورا» فصار كل واحد منهما كأنه عقد عليه اليمين بانفراده، بخلاف ما إذا ذكر حرف الواو بينهما ولم يعد حرف النفى، لأن الواو للعطف فيصير فى المعنى جامعا بينهما، و لا يتم الحنث إلا بوجودهما ـ اه ما قاله السرخسى فى شرح المسألة ص ١٧٥.

(٢) و فى ز «و لم تكن».

(٣) كذا فى ع، ز؛ و فى ه «لأن اللحم فى اليمين» و فى م «لأن اللحم لا يطلق على السمك عرفا و اليمين».

(٤) قوله «ربيثا» كذا فى الأصلين؛ و فى المغرب: فى الأيمان رواية أبى حفص «جريثا» او «ربيثا» قيل: الربيث و الربيثة الجريث، و فى جامع الغورى: الربثى بكسر الراء و تشديد الياء ضرب من السمك ـ اه ج ١ ص ١٩٨؛ و كان فى م، ه «زبيبا» تصحيف.

(٥) قوله «صحناه اوصيرا» كذا فى أكثر الأصول، وذكرهما فى القاموس=

و لم يكن هذا من[1] اللحم، و إن[2] كان يوم حلف عنى السمك مع اللحم فأكله حنث، و الطري و المالح فى ذلك سواء . ألا ترى إلى قول الله[3] تبارك و تعالى فى كتابه ﴿ لتأكلوا منه لحما طريا - [4] ﴾ .

= فقال : و لصحن والصحناة و يمدان و يكسران إدام يتخذ من السمك الصغار مشه مصلح للمعدة - اه ج ٤ ص ٢٤٠ . و فى ه «لحا صيرا» وهو تصحيف «صحنا و صيرا» والصير بالكسر و يفتح : السميكات المملوحة يعمل منه الصحناة - راجع ج ٢ ص ٧٤ منه . و فى المغرب : الصحناة بالفتح و الكسر : الصير . وهو بالفارسية «ماهياب» - اه ج ١ ص ٢٩٨ .

(٦) و كان فى الأصل و فى ز «كنغدا» و فى ه «كفدا» غير منقوط بشكل الفاء أو القاف، كلها تصحيف، و فى م «كمندا» على شكل «كعندا» و هو مع التصحيف مقلوب أيضا؛ و الصواب «كنعدا» بالنون و العين، وهو نوع من سمك بحرى، قال فى لسان العرب ج٣ ص٣٨٢ : الكنعت ضرب من السمك كالكنعد، قال : وأرى تاءه بدلا و النون ساكنة و العين منصوبة (مفتوحة) و أنشد :

قل لطعام الأزد : لا تبطروا بالشيم و الجريث و الكنعد

و قال جرير :

كانوا إذا جعلوا فى صيرهم بصلا ثم اشتووا كنعدا من مالح جدفوا

و فى محيط المحيط : الكنعد سمك بحرى - اه .

(١) سقط حرف «من» من ه .

(٢) و فى ه «و إذا» .

(٣) و فى ه «قوله» .

(٤) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص١٧٥ : (وإن حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا طريا أو مالحا لم يحنث) إلا على قول مالك، فانه يحمل الأيمان على ألفاظ القرآن و قد قال الله تعالى" لتأكلوا منه لحما طريا" و قد بينا بعد هذا، و الدليل عليه=

وإذا حلف الرجل لا يأكل لحما ولا نية له فأى لحم أكل فانه يحنث، إن أكل لحم غنم أو إبل أو بقر أو طير[1] مشوى أو مطبوخا أو صفيفا[2] فانه يحنث[3]. وكذلك لو أكل شيئا من البطون و[4] الرؤس. وكذلك

= أن من حلف لا يركب دابة فركب كافرا لا يحنث. وقد قال " ان شر الدواب عندالله الذين كفروا" ثم معنى اللحمية ناقص فى السمك لأن اللحم ما يتولد من الدم وليس فى السمك دم، ومطلق الاسم يتناول الكامل. وكذلك من حيث العرف لا يستعمل السمك استعمال اللحم فى اتخاذ الباجات منه. وبائع السمك لا يسمى لحاما، والعرف فى اليمين معتبر (إلا أن يكون نوى السمك) فحينئذ تعمل نيته لأنه لحم من وجه. وفيه تشديد عليه، وهو نظير قوله كل امرأة له طالق، لا تدخل المختلعة فيه إلا بالنية، وكل مملوك له لا يدخل فيه المكاتب، قال: ألا ترى أنه لو أكل صيرا أو كنعدا لم يحنث! وفى رواية أبى حفص: أو زيتا اهـ ص ١٨٦. قلت: كان فى الأصل « رئة أو كبدا يحنث، وفى رواية أبى حفص: أو طحالا » كلها تحريفات فتنبه.

(١) كذا فى أكثر الأصول، وفى هـ « غير » مكان « طير » تصحيف.

(٢) كذا فى ز، م « صفيفا » بالصاد والفاءين بينهما ياء مثناه تحتانية وهو الصواب؛ وفى الأصل « صفيفا » وفى هـ « صعيقا » تصحيف. قال فى المغرب: والصفيف فى كتاب الأيمان اللحم القديد المجفف فى الشمس، وفى المنتقى: لا نطع فى اللحم طريه وصفيفه ومالحه، وفى اللغة ما شرح وصف على الجمر لينشوى - الخ ٢ / ٣٠٣. قوله « مطبوخا أو صفيفا » كذا فى الأصل وكذا هو فى هـ، م بالنصب؛ وفى ز « مطبوخ وصفيفا » الأول بالجر والثانى بالنصب. وفى المختصر « مطبوخ وصفيف » كلاهما بالجر وهو الظاهر.

(٣) وفى المختصر وشرحه للسرخسى: (وإن أكل لحم غنم أو طير مشوى =

لو

لو أكل شحما مما يكون مع اللحم حنث[١] ، فأما إذا كان من شحم البطن فانه[٢] لا يحنث إلا أن يكون نوى ذلك ، لأن الشحم غير اللحم . وكذلك لو أكل من الألية شيئا فانه لا يحنث إلا أن يكون نوى ذلك ، لأن الشحم و الألية غير اللحم[٣] .

= أومطبوخ أو قديد حنث) لأن المأكول لحم مطلق ، ألا ترى أن معنى الغذاء تام فيه ، و يستوى فى ذلك الحرام و الحلال حتى لو أكل لحم خنزير أو إنسان حنث ، لأنه لا نقصان فى معنى اللحمية فيه فان كمال معنى اللحمية يتولده من الدم ، و ما يحل و ما يحرم من الحيوانات و الطيور فيها دم - اه ص ١٧٦ .

(٤) كذا فى ع ، ز ؛ وفى م ، هـ « او » مكان « واو » .

(١) سقط لفظ « حنث » من ز .

(٢) كذا فى ز ، ولم يذكر لفظ « فانه » فى بقية الأصول .

(٣) و فى المختصر و شرحه : (وكذلك لو أكل شيئ من الرؤس) فان ما على الرأس لحم لا يقصد بأكله سوى أكل اللحم ، بخلاف ما لو حلف لا يشترى لحما فاشترى رأسا لم يحنث لأن فعل الشراء لا يتم به بدون البائع ، و بائع الرأس يسمى رآسا لا لحاما ، فكذلك هو لا يسمى مشتريا للحم بشراء الرأس ، فأما الأكل يتم به وحده فيعتبر فيه حقيقة المأكول (وكذلك إن أكل شيئا من البطون كالكرش و الكبد و الطحال) قيل : هذا بناء على عادة أهل الكوفة فانهم يبيعون ذلك مع اللحم ، فأما فى البلاد التى لا يباع مع اللحم عادة لا يحنث بكل حال ، و قيل : بل يحنث بكل حال لأنه يستعمل استعمال اللحم لاتخاذ المرقة ، و اللحم ما يتولد من الدم ، والكبد و الطحال عينه دم فمعنى اللحمية فيها أظهر (وكذلك إن أكل شحم الظهر) فانه لحم إلا أنه سمين . ألا ترى أنه يباع مع اللحم و أنه يسمى سمين اللحم (ولايحنث فى شحم البطن و الألية) لأنه ينفى عنه اسم اللحم . =

وإذا حلف الرجل لا يأكل إداما[1] ولا نية له[2] فالإدام[3] عندنا اللبن والزيت والخل والزبد[4] وأشباه ذلك. فان أكل شيئا من ذلك حنث، وإذا أكل جبنا[5] أو بيضا أو ما أشبه ذلك مما لا يؤتدم[6] به لم يحنث،

= ويقال: إنه شحم وليس بلحم. ولا يستعمل استعمال اللحم فى اتخاذ الباجات، والألية كذلك فانه ليس بلحم ولا شحم بل اسم خاص وفيه مقصود لا يحصل بغيره (إلا أن ينوى ذلك) فحينئذ تعمل نيته لأنه من محتملات لفظه وفيه تشديد عليه — اه ص ١٧٦.

(١) وفى م « ادما » فى كلا اللفظين.

(٢) سقط لفظ « له » من هـ.

(٣) وفى المغرب: والإدام هو ما يؤتدم به، والجمع « أدم » بضمتين. قال ابن الأنبارى: معناه الذى يطيب الخبز ويصلحه ويلتذ به الأكل، والأدم مثله، والجمع آدام كحلم وأحلام، والإدام عام فى المائع وغيره، وأما الصبغ فمختص بالمائع. وكذا الصباغ — اه ج ١ ص ١٢ بالاختصار.

(٤) كذا فى المختصر. وفى م « الربد » سقط منه نقطة الزاى؛ وفى ع، ز « والزيت والثريد » فلفظ « الزيت » مكرر فهو من سهو الناسخ. والصواب « الزبد »؛ و« الثريد » تصحيف؛ وهو فى هـ أيضا « الثريد ».

(٥) الجبن والجبن ما جمد من اللبن أقراصا. وفى القانون: الجبن قد يتخذ من الحليب وقد يتخذ من الرائب، وهو المسمى: الأقط — اه ج ١ ص ٢٨٦؛ وفى ج ١ ص ٣٧ من مجمع بحار الأنوار: الأقط لبن مجفف يابس مستحجر يطبخ به — اه؛ وفى المغرب: والإنفحة الجدى بكسر الهمزة وفتح الفاء وتخفيف الحاء وتشديدها، وقد يقال منفحة أيضا وهى شىء يستخرج من بطن الجدى أصفر يعصر فى صوفة مبتلة فى اللبن فيغلظ كالجبن، ولا يكون إلا لكل ذى كرش. ويقال: كرشه، =

وهو[1] قول أبى حنيفة و أبى يوسف ، و قال محمد : يحنث فى كل شىء يؤكل مع الخبز مما الغالب عليه ذلك ، مثل اللحم المشوى و الجبن و نحو ذلك فهو أدم كله يحنث[2] .

= إلا أنه ما دام رضيعا سمى ذلك الشىء أنفحة ، فاذا فطم و رعى فى العشب قيل : استكرش ، أى صارت أنفحته كرشا – اه ج ٢ ص ٢٢٠ . و فى القاموس : الأقط مثلثة ويحرك وككتف و رجل و إبل ، شىء يتخذ من المخيض الغنمى ، جمعه اقطان – اه ج ٢ ص ٣٤٩ . (٦) و فى ه « يؤدم » .

(١) و فى م « و هذا » .

(٢) و فى م « لحنث » وليس بشىء . و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٧٦ : (ولو حلف لا يأكل إداما و لا نية له فالإدام الخل و الزيت و اللبن و الزبد و أشباه ذلك) مما يصبغ الخبز به و يختلط (فأما الجبن و السمك و البيض و اللحم فانه ليس بإدام فى قول أبى حنيفة و) هو الظاهر من قول (أبى يوسف ، وعلى قول محمد) وهو رواية عن أبى يوسف فى الأمالى (يحنث) و روى هشام عنه أن الجوز اليابس إدام كالجبن ؛ وجه قول محمد أن الإدام ما يؤكل مع الخبز غالبا ، فانه مشتق من المؤادمة و هو الموافقة ، قال صلى الله عليه و سلم للمغيرة بن شعبة « لو نظرت إليها فانه أحرى أن يؤدم بينكما » أى يوفق ، فما يؤكل مع الخبز غالبا فهو موافق له فيكون إداما ، وقال صلى الله عليه وسلم « سيد إدام أهل الجنة اللحم » و أخذ لقمة بيمينه و تمرة بشماله و قال « هذه إدام هذه » فعرفنا أن ما يوافق الخبز فى الأكل فهو إدام ، إلا أنا خصصنا ما يؤكل غالبا وحده ، كالبطيخ و التمر و العنب ، لأن الإدام تبع ، فما يؤكل وحده غالبا لا يكون تبعا ، فأما الجبن و البيض و اللحم لا يؤكل وحده غالبا فكان إداما ، ولكن أبو حنيفة قال : =

و إذا حلف الرجل لا يأكل من طعام فلان ولا نية له فاشترى فلان طعاما بعد اليمين فأكل منه فانه يحنث ما كان فى ملكه يوم حلف[1] الحالف، و ما أصاب بعد ذلك فهو سواء. ألا ترى أنه طعامه! وكذلك لو حلف لا يدخل منزلا فاشترى منزلا فدخله.

٥ و إذا اشترى الحالف من طعام المحلوف عليه أو وهبه لغيره فاشتراه[2] أو اشتراه غيره فأكل منه الحالف لم يحنث، لأنه ليس بطعام لفلان المحلوف عليه.

و إذا حلف الرجل لا يأكل طعاما ينوى طعاما بعينه أو حلف لا يأكل لحما ينوى لحما بعينه فأكل غيره من اللحم أو غيره من الطعام ١٠ فانه لا يحنث.

و لو حلف على ذلك بعتق أو طلاق لم يحنث فيما بينه و بين الله تعالى

= الإدام تبع؛ و لكن حقيقة التبعية فيما يختلط بالخبز ولا يحتاج إلى أن يحمل معه كالخل فان النبي صلى الله عليه و سلم قال «نعم الإدام الخل» فما يصطبغ به فهو بهذه الصفة، فأما اللحم و الجبن و البيض يحمل مع الخبز فلا يكون إداما و إن كان قد يؤكل معه كالعنب، توضيحه أن الإدام ما لا يتأتى أكله وحده، كالملح فانه إدام، و الخل و اللبن لا يتأتى فيه الأكل وحده، لأن ذلك يكون شربا لا أكلا، فعرفنا أنه إدام؛ فأما اللحم و الجبن و البيض يتأتى الأكل فيها وحدها فلم تكن إداما إلا أن ينوى ذلك فتعمل نيته لما فيه من التشديد عليه - اهـ ص ١٧٧.

(١) سقط لفظ «حلف» من ز.

(٢) سقط لفظ «فاشتراه» من هـ.

تعالى ، فأما فى القضاء فانه لا يدين فى ذلك و يقع عليه العتق و الطلاق[١] .

و إذا حلف الرجل لا يأكل شواء[٢] و هو ينوى كل شىء يشوى فأى ذلك أكل فانه يحنث . فان لم يكن[٣] له نية فلا يقع هذا إلا على

---

(١) و فى المختصر وشرحه للسرخسى ص ١٧٦ : (ولوحلف لا يأكل طعاما ينوى طعاما بعينه أوحلف لا يأكل لحما بعينه فأكل غير ذلك لم يحنث ، إلا أنه إذا كانت يمينه بالطلاق يدين فيما بينه وبين الله تعالى و لا يدين فى القضاء) لأنه نوى التخصيص فى اللفظ العام لأنه ذكر الطعام منكرا فى موضع النفى ، و النكرة فى موضع النفى تعم (و إن قال «لا آكل» وعنى طعاما دون طعام لم يدين فى القضاء ولا فيما بينه و بين الله تعالى) عندنا ، و عند الشافعى هذا و الأول سواء لأن الأكل يقتضى مأكولا فكأنه صرح بذكر الطعام، وهو بناء على أصله أن الثابت بمقتضى اللفظ كالملفوظ . فأما عندنا لا عموم للمقتضى ، و نية التخصيص إنما تصح فيما له عموم دون ما لا عموم له ، فالأصل عندنا أنه متى ذكر الفعل و نوى التخصيص فى المفعول أو الحال أو الصفة كانت نيته لغوا لأنه تخصيص ما لا لفظ له. أما نية التخصيص فى المفعول كما بينا ، و نية التخصيص فى الحال بأن يقول « لا أكلم هذا الرجل » وهو قائم بين يديه و نوى حال قيامه فنيته لغو، بخلاف ما لو قال « هذا الرجل القائم » و هو ينوى حال قيامه فان نيته تعمل فيما بينه و بين الله تعالى ، وتخصيص الصفة أن يقول «لا أتزوج امرأة » وهو ينوى كوفية أو بصرية فان نيته لغو، ولو نوى عربية أوحبشية عملت نيته فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى التخصيص فى الجنس وذلك فى لفظه ـ اهـ ص ١٧٨ .

(٢) و فى هـ « شوى» .

(٣) و فى ز « لم تكن » .

اللحم، فان أكل لحما مشويا حنث، و إن أكل غيره مما[1] يشوى لم يحنث[2].

و إذا حلف الرجل لا يأكل رأسا و هو ينوى الرؤس كلها من السمك و الغنم و غيرها فأى ذلك ما أكل[3] فانه يحنث. و إن لم يكن[4] له نية فلا يقع هذا إلا على الغنم و البقر، لأنها هى التى تباع فعليها

٥ يقع معانى كلام الناس، و هذا قول أبى حنيفة؛ و قال أبو يوسف و محمد: أما اليوم فانما اليمين فيها على رؤس الغنم خاصة[5].

---

(١) و فى ه «لما».

(٢) فى المختصر وشرحه للسرخسى: (ولو حلف لا يأكل شواء ولا نية له فهو على اللحم خاصة ما لم ينو غيره) لأن الناس يطلقون هذه اللفظة على اللحم عادة، دون الفجل والجزر المشوى، ألا ترى أن الشواء اسم لمن يبيع اللحم المشوى! فمطلق لفظه ينصرف إليه للعرف، إلا أن ينوى كل ما يشوى من بيض أو غيره فتعمل نيته لما فيه من التشديد عليه - اه ص ١٧٨.

(٣) و فى ه «فأى ذلك أكل».

(٤) و فى ز «و إن لم تكن» و فى م «ولم يكن».

(٥) و فى المختصر و شرحه: (و لو حلف لا يأكل رأسا فهذا على رؤس البقر و الغنم) و هذا لأنا نعلم أنه لم يرد رأس كل شيء و أن رأس الجراد و العصفور لا يدخل فى هذا و هو رأس حقيقة. فاذا علمنا أنه لم يرد الحقيقة وجب اعتبار العرف و هو الرأس الذى يشوى فى التنانير و يباع مشويا، فكان أبو حنيفة يقول أولا: يدخل فيه رأس الإبل و البقر و الغنم؛ لأنه رأى عادة أهل الكوفة فانهم يفعلون ذلك فى هذه الرؤس الثلاثة، ثم تركوا هذه العادة فرجع و قال: يحنث فى رأس البقر و الغنم خاصة؛ ثم إن أبا يوسف ومحمدا شاهدا عادة أهل =

و إذا حلف الرجل لا يأكل بيضا و هو ينوى بيض كل شىء من الطير و السمك و غيره فأى ذلك ما أكل حنث، فان لم يكن[1] له نية فانما يقع هذا على بيض الطير من الدجاج و الإوز و غيره من الطير، فان أكل غيره لم يحنث، و إن أكل شيئا منه حنث[2].

و إذا حلف الرجل لا يأكل طبيخا و هو ينوى كل شىء يطبخ[3] ٥ من اللحم و غيره فأكل شيئا من ذلك فانه يحنث، و إن لم يكن له نية فانما يقع هذا على اللحم، فان كان[4] أكل شيئا من ذلك مطبوخا حنث، و اللحم كله فى ذلك و غيره سواء[5]. و إن أكل غير لحم[6]

= بغداد وسائر البلدان أنهم لا يفعلون ذلك إلا فى الغنم خاصة فقالا: لا يحنث إلا فى رؤس الغنم، فعلم أن الاختلاف اختلاف عصر و زمان لا اختلاف حكم و بيان، و العرف الظاهر فى مسائل الأيمان - اه ص ١٧٨.

(١) و فى ز «لم تكن».

(٢) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٧٨: (و إن حلف لا يأكل بيضا فهو على بيض الطير من الدجاجة و الإوز و غيرهما) و لا يدخل ببض السمك و نحوه فيه (إلا أن ينويه) لأنا نعلم أنه لا يراد بهذا بيض كل شىء فان بيض الدود لا يدخل فيه فانما يحمل على ما يطلق عليه اسم البيض و يؤكل عادة و هو كل بيض له قشر، كبيض الدجاجة و نحوها - اه.

(٣) و فى ه «كل طبيخ».

(٤) كذا فى الأصل؛ و سقط لفظ «كان» من م، ز، ه.

(٥) و فى م «واللحم فى ذلك و غيره كله سواء».

(٦) و فى ه «اللحم».

لم يحنث١ فى قول أبى يوسف، و القياس فى هذا أنه يحنث فى اللحم و غيره٢.

و إذا حلف الرجل لا يأكل فاكهة و لا نية له فأكل عنبا أو رمّانا أو رطبا فانه لا يحنث. ألا ترى إلى قول الله٣ تعالى فى كتابه ﴿ فاكهة ٥ و نخل و رمان ﴾ و قال فى موضع آخر ﴿ و قضبا و زيتونا و نخلا و حدائق غلبا و فاكهة و أبا ﴾ فأخرج العنب من الفاكهة، و هذا قول أبى حنيفة؛ و قال أبو يوسف و محمد: نراه٤ حانثا. و إذا أكل

(١) قوله «لم يحنث» كذا فى أكثر الأصول، و فى هـ «يحنث» سقط منها «لم» و هو سهو الناسخ.

(٢) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (و إن حلف لا يأكل طبيخا فهو على اللحم خاصة ما لم ينو غيره) استحسانا (و فى القياس يحنث فى لحم وغيره) مما هو مطبوخ، و لكن الأخذ بالقياس يفحش فان المسهل من الدواء مطبوخ و نحن نعلم أنه لم يرد ذاك فحملناه على أخص الخصوص و هو اللحم لأنه هو الذى يطبخ فى العادات الظاهرة، فان الطبيخ فى العادة ما يتخذ من الألوان والباجات و هو الذى يسمى متخذ ذلك طباخا، فأما من يطبخ الآجر لا يسمى طباخا؛ قالوا: و إنما يحنث إذا أكل اللحم المطبوخ، فأما المقلية اليابسة فلا، و ما طبخ بالماء إذا أكل المرقة مع الخبز يحنث و إن لم يأكل عين اللحم، لأن أجزاء اللحم فيه. و لأن تلك المرقة تسمى طبيخا ـ اهـ ص ١٧٨.

(٣) و فى هـ، م «إلى قوله».

(٤) و فى هـ «يراه».

من

من صنوف الفاكهة شيئا فانه يحنث ، فان كان١ حين حلف نوى العنب و الرمان و الرطب فأكل من ذلك شيئا فانه يحنث ٢ . و لا يدخل فى الفاكهة القثاء و لا الخيار و لا الجزر و لا أشباه ذلك . فأما المشمش و التين و الخوخ و البطيخ و أشباه ذلك فان هذا كله يدخل فى الفاكهة .

(١) و فى ه « فان أكل » مكان « فان كان » .

(٢) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٧٨ : (و إذا حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنبا أو رطبا أو رمانا لم يحنث فى قول أبى حنيفة، و يحنث فى قول أبى يوسف و محمد) لأن الفاكهة يؤكل على سبيل التفكه ، و هو التنعم ، و هذه الأشياء أكمل ما يكون من ذلك ، و مطلق الاسم يتناول الكامل ؛ و كذلك الفاكهة ما يقدم بين يدى الضيفان للتفكه به لا للشبع ؛ و الرمان و الرطب من أنفس ذلك كالتين . و أبو حنيفة يقول : هذه الأشياء غير الفاكهة ؛ قال الله تعالى " فيهما فاكهة و نخل و رمان " و قال الله تعالى " و قضبا و زيتونا و نخلا و حدائق غلبا و فاكهة و ابا " فتارة عطف الفاكهة على هذه الأشياء و تارة عطف هذه الأشياء على الفاكهة ، و الشيء لا يعطف على نفسه ، مع أنه مذكور فى موضع المنة بلفظين ، ثم الاسم مشتق من التفكه و هو التنعم ، قال الله تعالى " انقلبوا فكهين " أى متنعمين ، و ذلك معنى زائد على ما به القوام و البقاء ، و العنب و الرطب يتعلق بهما القوام و قد يجترى بهما فى بعض المواضع ، و الرمان كذلك فى الأدوية فلا يتناولها مطلق اسم الفاكهة ؛ ألا ترى أن يابس هذه الأشياء ليس من الفواكه فان الزبيب و التمر قوت ، و حب الرمان من التوابل دون الفواكه ، و ما يكون رطبه من الفواكه فيابسه من الفواكه أيضا ، كالتين و المشمش و الخوخ ، و ما لا يكون يابسه من الفواكه فرطبه لا يكون من الفواكه، كالبطيخ فانه يقدم مع الفواكه بين يدى الضيفان و لا يتناوله اسم الفاكهة ـ اه ص ١٧٩ .

و كذلك الفاكهة اليابسة[١] يدخل فيها اللوز و الجوز و أشباه ذلك[٢] .

و إذا حلف الرجل لا يأكل طعاما يومه هـــذا فأكل خبزا أو فاكهة أو غير ذلك حنث ، لأن ذلك[٣] كله طعام[٤] .

و إذا حلف الرجل ليأكلن هذا الطعام اليوم فأكله غيره فى ذلك ٥ اليوم فانه لا يقع عليه الحنث ، لأنه وقت وقتا فذهب الطعام قبل ذهاب ذلك الوقت ـ و هذا قول أبى حنيفة و محمد رحمهما الله ؛ و قال أبو يوسف: إذا حلف ليأكلن هذا الطعام اليوم فأكله غيره حنث إذا

---

(١) سقط لفظ « اليابسة » من هـ .

(٢) قال السرخسى فى شرح المختصر: (و أما القثاء و الخيار و الجزر ليس من الفواكه) إنما هى من البقول و التوابل ، بعضها يوضع على المائدة مع البقل ، و بعضها يجعل فى القدر مع التوابل ، قـال (و يدخل فى الفاكهة اليابسة اللوز و الجوز و أشباه ذلك) و قد بينا أن أبا يوسف يجعل الجوز اليابس من الإدام دون الفاكهـة ، لأنه لا يتفكه به عادة إنما يأكل مـع الخبز كالجبن أو يجعل مع التوابل فى القدر ، و لكن فى ظاهر الرواية يقول: رطب الجوز من الفواكه، فكذلك يابسه للأصل الذى بينا ـ اهـ ص ١٧٩ .

(٣) و فى ز، هـ « هذا » مكان « ذلك » .

(٤) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٧٩ : (و إن حلف لا يأكل طعاما فأكل خبزا أو فاكهة أو غير ذلك حنث) و مراده أو غير ذلك مما يسمى طعاما عادة دون ما له طعم حقيقة ، فان كل أحد يعلم أنه لا يريد السقمونيا بهذا اللفظ و له طعم ، عرفنا أن مراده ما يسمى فى العادة طعاما و يؤكل على سبيل التطعم ـ اهـ .

غربت الشمس ، ألا ترى أن له مدة موقتة ! و لو أكل فيه الطعام برّ فى يمينه و لا يقع عليه اليمين و الحنث قبل أن تمضى المدة . و كذلك كل شىء حلف عليه ليفعلنه و وقّت لذلك وقتا و حلف على ذلك بطلاق أو عتاق أو غير ذلك فذهب ذلك الذى حلف عليه قبل أن يمضى الوقت[1] لم يحنث و لم يقع عليه اليمين فى قول أبى حنيفة و محمد ، و يحنث فى قول أبى يوسف إذا كان ذلك الشىء الذى قد[2] حلف عليه قد ذهب حتى لا يقدر عليه . أرأيت رجلا حلف ليأكلن هذا الطعام غدا فأكله اليوم ، أو حلف ليقضين هذا الرجل غدا فقضاه اليوم أما كان هذا قد بر و لا يقع عليه اليمين و لا حنث فى قول أبى حنيفة و محمد و فى قول أبى يوسف يحنث .

و إذا حلف الرجل ليأكلن هذا الطعام و لم يوقت لذلك وقتا فأكله غيره فان الحالف يقع عليه اليمين و الحنث . ألا ترى أنه لا يستطيع أن يأكل ذلك الطعام ! وأنه ليس له فيه مدة وقتها لنفسه فى أكله ! و كذلك لو مات الحالف قبل أن يأكله و الطعام قائم بعينه فقد وجبت عليه اليمين . و كذلك كل شىء حلف عليه من طعام أو شراب بطلاق أو عتاق فمات قبل أن يفعله فانه يحنث و وقع[3] عليه اليمين ما كان من طلاق أو عتاق أو غيره . و لو كانت له مدة قد[4] وقتها فى يمينه ثم مات قبل

---

(١) و فى ه « ان يمضى الوقت و حلف عليه » و هو من سهو الناسخ .

(٢) سقط لفظ « قد » من ه ، ز .

(٣) و فى ه ، ز ، م « يقع » .

(٤) سقط حرف « قد » من ه .

أن يفعل ذلك و قبل تلك المدة لم يحنث . و لو مضت المدة و هو حيّ و الذى حلف عليه قائم بعينه فقد وقع عليه الحنث[1] . و قال زفر: إذا خلت

(١) و فى المختصر و شرحه للسرخسي ص ١٧٩ : (و لو حلف ليأكلن هذا الطعام اليوم فأكله غيره فى اليوم لم يحنث فى قول أبى حنيفة و محمد ، و قال أبو يوسف: يحنث إذا غابت الشمس) والأصل فيه أن اليمين إذا كانت موقتة بوقت فانعقادها كان موجبا للبر فى آخر ذلك اليوم ، إلا أن عند أبى يوسف وجود ما حلف عليه ليس بشرط لانعقاد اليمين ، حتى إذا قال « لأشربن الماء الذى فى هذا الكوز » ولا ماء فيه تنعقد اليمين ، وكذلك هنا انعدام الطعام فى آخر اليوم عنده لا يمنع انعقاد اليمين ، فاذا نعقدت و تحقق فوت شرط البر حنث فيها ، و عند أبى حنيفة و محمد انعدام ما حلف عليه يمنع انعقاد اليمين ، كما فى مسالة الشرب ، فلا ينعقد اليمين هنا لما انعدم الطعام فى آخر الوقت . و هذا لأن شرط حنثه ترك أكل الطعام فى آخر جزء من أجزاء اليوم و لا يتصور ذلك إذا لم يبق الطعام ، و قد بينا أن بدون توهم البر لا ينعقد اليمين . وإن لم يكن وقت وقتا حنث ، لأن اليمين انعقدت فى الحال لتوهم البر فيها لكون الطعام قائما فى الحال ثم فات شرط البر بأكل الغير فيحنث . قال: (وكذلك إن مات الحالف قبل أن يأكله والطعام قائم بعينه) لأن شرط البر قد فات بموته (وكذلك إن مضت المدة و هو حيّ و الطعام قائم) لأن شرط البر فعل الأكل فى الوقت و قد تحقق فوته بمضى الوقت فحنث فى يمينه (و على هذا لو حلف ليقضين حق فلان غدا فقضاه اليوم لم يحنث فى قول أبى حنيفة و محمد ، و يحنث عند أبى يوسف كما جاء لغد) لأن عنده كما جاء الغد انعقدت اليمين ، فان عدم المحلوف عليه لا يمنع انعقاد اليمين عنده ـ اه ص ١٨٠ .

المدة

المدة، قد هلك ذلك الشيء حنث.

وإذا حلف الرجل لا يأكل من طعام يشتريه فلان فأكل من طعام اشتراه فلان وآخر معه فانه يحنث، إلا أن ينوي[1] أن يشتريه هو وحده[2]. ألا ترى أن فلانا قد اشترى بعضه وأن الذي اشترى فلان طعام! وكذلك لو حلف لا يأكل من طعام يملكه فلان. ولو قال ٥ «لا ألبس ثوبا يشتريه فلان - أو: يملكه فلان» فلبس ثوبا اشتراه فلان وآخر معه: لم يحنث لأن هذا لم يشتره فلان كله. وإذا اشترى بعضه أو ملك بعضه فليس ذلك البعض بثوب. ألا ترى أنه لو قال «هذا الثوب لفلان» كذب! ولو قال «هذا الطعام لفلان» يعني بعضه صدق.

وقال أبو يوسف: إذا حلف ليأكلن هذا الطعام اليوم فأكله[3] إنسان ١٠ آخر ثم مضى اليوم فانه يحنث.

وإذا حلف الرجل لا يأكل من هذا الدقيق شيئا فأكل من خبزه ولم يكن[4] له نية حين حلف فانه يحنث، لأن الدقيق هكذا يؤكل.

---

(١) وفى هـ «أن ينوى به».

(٢) فان كل جزء من الطعام يسمى طعاما، بخلاف ما لو حلف لا يسكن دارا اشتراها فلان وآخر معه، لأن نصف الدار لا يسمى دارا (إلا أن يكون نوى) فى الطعام (أن يشترى هو وحده) فتعمل نيته لأنه نوى التخصيص فى اللفظ العام، فان شراء الطعام قد يكون وحده وقد يكون مع غيره - اهـ ما قاله السرخسى فى شرح المسألة ص ١٨٠.

(٣) كذا فى هـ، ز، م؛ وكان فى الأصل «فأكل».

(٤) وفى ز «لم تكن».

و إن كان عنى حين حلف لا يأكل الدقيق بعينه لم يحنث ، فأما إذا لم يكن[1] له نية فانما يقع هذا على ما يضع[2] الناس[3] . و لو حلف لا يأكل من هذه الحنطة شيئا و هو يعنى أن يأكلها حبا[4] كما هى فأكل مما يخبز منها أو من سويقها لم يحنث . و إن لم تكن[5] له نية فأكل من خبزها فان

٥ أبا حنيفة قال : إنه لا يحنث ، و إنما يضع من يقول هذا القول اليمين على القياس ، يقول : لا يحنث إلا أن يأكلها[6] حبا . و القول الآخر قول أبى يوسف و محمد : إن اليمين إنما هى على ما يضع[7] الناس ، فاذا أكل من خبزها حنث ، إلا أن يعنى الحب بعينه[8] .

---

(١) و فى ز « لم تكن » .
(٢) و فى هـ ، م « يصنع » .
(٣) قال السرخسى فى شرح المختصر ص ١٨٠ : لأن الدقيق لا يؤكل عادة ، فتنصرف يمينه إلى ما يتخذ منه ، كما لو حلف لا يأكل من هذه النخلة ؛ واختلف مشايخنا فيما لو أكل عين الدقيق ، فمنهم من يقول : يحنث لأنه أكل الدقيق حقيقة ، والعرف وإن اعتبر فالحقيقة لا تسقط به ، وهذا لأن عين الدقيق مأكول ؛ والأصح أنه لا يحنث لأن هذه حقيقة مهجورة ، و لما انصرفت إلى ما يتخذ منه للعرف يسقط اعتبار الحقيقة ، كمن قال للأجنبية « إن نكحتك فعبدى حر » فزنى بها لم يحنث لأنه لما انصرف إلى العقد لم يتناول حقيقة الوطء (و إن كان عنى أكل الدقيق بعينه لم يحنث بأكل الخبز) لأنه نوى حقيقة كلامه ـ اهـ ص ١٨١ .
(٤) و فى هـ « حيا » بالياء المثناة ـ تصحيف .
(٥) و فى هـ ، م « لم يكن » .
(٦) و فى الأصل « ان لا يأكلها » و فى البقية « إلا أن يأكلها » و هو الصواب .
(٧) كذا فى ع ، ز ، م « يضع » و فى هـ « يصنع » .
(٨) و فى المختصر و شرحه للسرخسى : (و إن لم يكن له نية فأكل من خبزها =

و إذا أكل الرجل من سويقها لم يحنث فى[1] قول أبى حنيفة و أبى يوسف . ألا ترى أنك تقول[2] : هذا الخبز حنطة ، و يقول الرجل: أكلنا أجود حنطة فى الأرض - يعنى الخبز .

و إن حلف الرجل لا يأكل من هذا الطلع[3] شيئا فأكل منه

= لم يحنث فى قول أبى حنيفة ، و يحنث فى قول أبى يوسف و محمد ، قال فى الكتاب (يمينه على ما يصنع منها) و هذا إشارة إلى أن عندهما لو أكل من عينها لم يحنث ، و لكن ذكر فى الجامع الصغير : و إن أكل من خبزها يحنث عندهما أيضا ، فهذا يدل على أنه يحنث بتناول عين الحنطة عندهما و هو الصحيح ، وجه قولهما أن أكل الحنطة فى العادة هكذا يكون ، فانك تقول « أكلنا أجود حنطة فى الأرض » تريد الخبز ، ويقال: أهل بلدة كذا يأكلون الحنطة ، وأهل بلدة كذا يأكلون الشعير ، والمراد الخبز ، إلا أن أبا حنيفة يقول: عين الحنطة مأكول عادة فانها تقلى فتؤكل و تغلى فتؤكل ويتخذ منها الهريسة ، و من انعقدت يمينه على أكل عين مأكولة ينصرف يمينه إلى أكل عينه دون ما يتخذ منه ، كالعنب والرطب ، وهذا لأن لكلامه حقيقة مستعملة ومجازا متعارفا ، و لا يراد باللفظ الواحد الحقيقة و المجاز لأن المجاز مستعار ، والثوب الواحد فى حالة واحدة لا يتصور أن يكون ملكا وعارية ، فاذا كانت الحقيقة مرادة هنا يتنحى المجاز ، وهما لا ينكران هذا الأصل و لكنهما يقولان : إذا أكل الحنطة إنما يحنث باعتبار عموم المجاز لا باعتبار الحقيقة ، و قد بينا نظائره فى وضع القدم و غيره - اه ص ١٨١ .

(١) سقط لفظ « فى » من ز .

(٢) سقط لفظ « تقول » من ز .

(٣) كذا فى المختصر الكافى للامام أبى الفضل الحاكم المروزى الشهيد ، وكذا =

بعد ما صار بسرا لم يحنث . وكذلك لو حلف لا يأكل من هذا البسر شيئا فأكل منه بعد ما صار رطبا أو تمرا لم يحنث[1] . ألا ترى أنه

= نقله السرخسي فى شرحه . و فى الأصول الأربعة التى بأيدينا من كتاب الأصل « الطلح » و هو تصحيف ، والصواب ما فى المختصر وشرحه ، و ليس هذا مقام الطلح و لا يصير الطلح بسرا . و فى المغرب : و« الطلع » ما يطلع من النخلة ، و هو الكم قبل أن ينشق ، و يقال لما يبدو من الكم طلع أيضا ، و هو شيء أبيض يشبه بلونه الأسنان و برائحته المنى . و قوله « طلع الكفرى» إضافة بيان ، و اطلع النخل : خرج طلعه - اهـ ج ٢ ص ١٧ . و الكفرى بضم الكاف و فتح الفاء و تشديد الراء : كم النخل ، لأنه يستر ما فى جوفه - اهـ ج ٢ ص ١٠٠ من المغرب .

(١) و فى المختصر و شرحه للسرخسي ص ١٨١ : (و إن حلف لا يأكل من هذا الطلع شيئا فأكل منه بعد ما صار بسرا لم يحنث) لأن الطلع عينه مأكول ، و متى عقد يمينه على أكل ما تؤكل عينه لا ينصرف يمينه إلى ما يكون منه ، ثم البسر ليس من جنس الطلع ؛ ألا ترى أن بيع البسر بالطلع يجوز كيف ما كان ! (وكذلك لو حلف لا يأكل من هذا البسر فأكل منه بعد ما صار رطبا) لأن البسر عينه مأكول ، و لأن الرطب و إن كان من جنس البسر إلا أن الإنسان قد يمتنع من تناول البسر ولا يمتنع من تناول الرطب ، و الأصل أنه متى عقد يمينه على عين بوصف يدعو ذلك الوصف إلى اليمين يتقيد اليمين ببقاء ذلك الوصف و ينزل منزلة الاسم، و لهذا لو حلف لا يأكل من هذا الرطب فأكله بعد ما صار تمرا لم يحنث لأن صفة الرطوبة داعية إلى اليمين فقد يمتنع الإنسان من تناول الرطب دون التمر ، و هذا بخلاف ما لو حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ يحنث لأن صفة الشباب ليست بداعية إلى اليمين ، وكذلك =

لو

لو أكل من خلّ جعل من ذلك التمر لم يحنث لأنه قد تغير و خرج من ذلك الجنس .

و كذلك لو حلف لا يأكل من هذا اللبن شيئا فأكل منه حين صنع منه[1] جبن أو أقط أو شيراز[2] لم يحنث لأنه قد تغير حاله . ألا ترى أنه لو حلف أنه لا يأكل طعاما و قال « عنيت لونا من الطعام » فأكل غيره فانه لا يحنث . و لو كانت يمينه بعتق أو طلاق لم يقع عليه فيما بينه و بين الله تعالى فى ذلك . و أما فى القضاء فانه يقع عليه فى ذلك الطلاق و العتاق .

و إذا حلف الرجل لا يأكل هذا السويق فشربه شربا : لم يحنث ، لأن الشرب غير الأكل[3] .

= لو حلف لا يأكل من هذا الحمل فأكله بعد ما كبر يحنث ، لأن الصفة المذكورة ليست بداعية إلى اليمين - اه ص ١٨٢ .

(١) سقط لفظ « منه » من ه .

(٢) قوله « شيراز » فى المغرب : الشواريز جمع شيراز فهو اللبن الرائب إذا استخرج منه ماؤه ، ومصحف مشرز أجزاؤه : مشدودة بعضها إلى بعض ، من « الشيرازة » و ليست بعربية - اه ج ١ ص ٢٧٩ . و فى القاموس : والشيراز اللبن الرائب المستخرج ماؤه ، ج : شواريز ، و شراريز ، و شآريز فيمن يقول : شئراز - اه ج ٢ ص ١٧٨ .

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى : (و لو حلف لا يأكل من هذا السويق فشربه لم يحنث لأن الشرب غير الأكل) قال الله تعالى " كلوا و اشربوا " والشىء لا يعطف على نفسه ، و قد بينا حد كل و احد من =

و لو حلف ليأكلن هذا السويق فأكله كله[1] إلا حبة أو شبهها كان قد بر، و لم [2]يكن عليه الحنث. و لو حلف ليأكلن هذه الرمانة فأكلها إلا حبة أو نحوها كان قد بر، و لم[2] يحنث لأن هذا معانى كلام الناس، إلا أن يعنى أن يأكلها كلها فلا يترك منه شيئا.

٥ و لو حلف فقال لامرأتين له[3] «أيتكما أكلت هذه الرمانة فهى طالق» فأكلتها المرأتان كلتاهما: لم يقع على واحدة منهما شىء، لأن كل واحدة منهما[4] لم تأكلها كلها. وكذلك لو أكلت إحداهما[5] الثلثين و الأخرى[6] الثلث[7].

= الفعلين (وكذلك لو حلف لا يأكل من هذا اللبن فشربه أو حلف لا يشربه فأكله لم يحنث) وأكل اللبن بأن يثرد فيه الخبز. و شربه أن يشربه كما هو (ولو تناول شيئا مما يصنع منه كالجبن و الأقط لم يحنث) لأن عينه مأكول و قد عقد اليمين عليه، ألا ترى أنه لو حلف لا يذوق هذا الخمر فذاقه بعد ما صار خلا لم يحنث - اه ص ١٨٢.

(١) سقط لفظ «كله» من هـ.

(٢-٢) من قوله «يكن عليه ...» ساقط من هـ.

(٣) سقط لفظ «له» من م.

(٤) سقط لفظ «منهما» من هـ.

(٥) و فى هـ «احدهما».

(٦) و فى هـ «و الاخر».

(٧) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: «و لو حلف ليأكلن هذا السويق فأكله =

وإذا حلف الرجل [١]أن لا يأكل[١] سمنا فأكل سويقا قد لتّ[٢] وأوسع بالسمن حتى يستبين فيه[٣] طعمه ويوجد فيه مكانه فانه يحنث، [٤]لأنه قد أكل سمنا. وكذلك كل شيء أكله وفيه سمن يوجد فيه طعمه ويستبين فيه فانه يحنث[٤]، وإن كان لا يوجد[٥] طعمه ولا يرى

= كله إلا حبة لم يحنث) لأنه يسمى فى العادة أكل. ولأنه لا يتصور أكل كله على وجه لا يبقى حبة فى الإناء وبين لهواته وأسنانه، فتحمل يمينه على ما يتأتى فيه البر إذا كان ذلك متعارفا بين الناس (وعلى هذا لو حلف ليأكلن هذه الرمانة فأكلها كلها إلا حبة واحدة كان قد بر فى يمينه) لأن أكل الرمانة هكذا يكون وانه لا يمكنه أن يأكلها على وجه لا يسقط منه حبة (إلا أن ينوى ذلك) فحينئذ قد شدد على نفسه بنية حقيقة كلامه، ولو مص ماءها ورمى الحب لم يحنث سواء حلف على أكلها أو شربها، لأن هذا ليس بأكل ولا شرب ولكنه مص (وإن قال لامرأتيه « أيتكما أكلت هذه الرمانة فهى طالق » فأكلتا جميعا لم تطلقا) لأن كلمة « أى » تتناول كل واحد من المخاطبين على الانفراد وشرط الطلاق أكل الواحدة جميع الرمانة ولم يوجد ذلك فلهذا لم تطلق واحدة منهما ـ اه ص ١٨٢.

(١-١) وفى ع، م « لا يأكل ».

(٢) وفى المغرب : لت السويق ؛ خلطه، من باب طلب ـ اه ج ٢ ص ١٦٦.

(٣) سقط حرف « فيه » من هـ.

(٤-٤) من قوله « لأنه قد أكل ... » ساقط من هـ.

(٥) وفى هـ « لا يوجد فيه ».

مكانه لم يحنث[١] .

وإذا حلف الرجل لا يأكل هذه التمرة[٢] فاختلطت بتمر فأكل

---

(١) لأنه عقد يمينه على أكل عين السمن ، فلا بد من قيام عينه عند الأكل ليحنث ؛ و قيام عين المأكول بذاته أو طعمه . فإذا كان يرى مكانه و يستبين فيه طعمه فقد علمنا وجود شرط حنثه ، و زاد هشام فى نوادره أن يكون بحال يمكن عصر السمن ، فأما إذا كان لا يرى مكانه و لا يستبين طعمه فيه فقد صار مستهلكا فيه ، و لم يذكر فى الكتاب ما إذا عقد اليمين على مائع فاختلط بمائع آخر من جنسه أو من غير جنسه ، و ذكر فى النوادر عن أبى يوسف إذا حلف لا يشرب لبنا فصب الماء فى اللبن و شربه فإن كان اللون فيما شرب لون اللبن و يوجد طعمه و هو الغالب فيحنث به ، و إن كان اللون لون الماء فيه علمنا أن اللبن مغلوب مستهلك فلا يحنث ، ألا ترى أنه يقال للأول : لبن مغشوش ، و للثانى : ماء خالطه لبن ، و هكذا ذكر فى نسخ الأصل (أى أصل النوادر) ؛ و عن محمد أنه يعتبر الغلبة من حيث القلة و الكثرة لأن القليل لا يظهر فى مقابلة الكثير ، و إن كانا سواء لم يحنث فى القياس للشك و التردد . و فى الاستحسان هو حانث لأن ما حلف عليه لم يصر مغلوبا بما سواه ، و إن حلف لا يشرب لبن هذه البقرة فخلطه بلبن بقرة أخرى فعند أبى يوسف هذا و الأول سواء لأن المغلوب فى حكم المستهلك سواء كان الغالب من جنسه أو من خلاف جنسه . و عند محمد يحنث هنا على كل حال لأن الشىء يكثر بجنسه و لا يصير مستهلكا - اه كذا فى شرح المختصر للسرخسى ص ٨٢ و ٨٣ .

(٢) كذا فى ه ، ز ، م ؛ و فى الأصل « الثمرة » بالمثلثة . و كذا فى الحروف الآتية « بتمر » « التمر » « التمرة » .

ذلك

ذلك التمر كله فانه يحنث ، لأنه قد أكل التمرة التى حلف عليها .
و لو حلف على مثل ذلك على بيضة أو جوزة كان ذلك كله سواء .

و إذا حلف أن لا يأكل شيئا من سمن نظر إليه فى إناء فخلط ذلك السمن بعسل حتى غلب عليه العسل و لم ير فيه من السمن شيئا ولم يجد له طعما فأكل ذلك العسل: لم يحنث ، لأن السمن قد ذهب ٥ و تغير . و كذلك كل شيء خلط به ذلك السمن حتى يغلب عليه ذلك الشيء فلا يوجد للسمن طعم و لا يرى مكانه لم يحنث إذا أكله . و ليس هذا كالجوزة و البيضة و أشباه ذلك ، لأن هذا لم يختلط و إن كان لا يعرف لأنه على حاله لم يخالطه شيء .

و إذا حلف الرجل أن لا يأكل ٢ شعيرا فأكل حنطة ٣ فيها شعير حبة حبة و لم يكن ٤ له نية فانه يحنث ، لأنه قد أكل شعيرا ٥ .

(١) فى هـ « قد حلف » .
(٢) و فى هـ « و إذا حلف الرجل لا يأكل » .
(٣) فى هـ « حبة » تصحيف .
(٤) و فى ز « لم تكن » .
(٥) و هذا بخلاف ما سبق من السمن إذا كان لا يرى مكانه فى السويق ، لأن هناك يأكل الكل جملة فما يأكله من السمن مستهلك إذا كان لا يرى مكانه ، و هنا إنما يأكل حبة حبة ، فاذا أكل حبة الشعير وحدها فقد وجد شرط الحنث ، حتى إذا كانت يمينه على الشراء لم يحنث لأنه يشترى الكل جملة . و مشترى الحنطة لا يسمى مشتريا للشعير و إن كان فيها حبات الشعير ، لأن بائعها لا يسمى بائع الشعير ـ كذا قال السرخسى فى شرح المختصر ص ١٨٢ .

و لو حلف أن[1] لا يأكل شحما فأكل لحما يخالطه[2] شحم لم يحنث، لأن هذا لحم عند الناس و ليس هو بالشحم - و هذا[3] قول أبى حنيفة، و قال أبو يوسف و محمد: يحنث[4]. ألا ترى أنه لو حلف لا يشترى شعيرا فاشترى حنطة فيها شعير لم يحنث، لأن الشرى[5] على الحنطة.

٥ . كذلك لو حلف لا يشترى حنطة فاشترى شعيرا فيه حنطة. و لو حلف أن لا يأكل شعيرا حبا فأكل حنطة فيها حب شعير حبة حبة فانه يحنث،

(١) لم يذكر حرف « ان » فى ه.

(٢) و فى ه « نخالطه ».

(٣) و فى ه « و هو » مكان « و هذا ».

(٤) و قال السرخسى فى شرح المختصر فى شرح هذه المسألة ص ١٨٢ : و ذكر الطحاوى قول محمد مع قول أبى حنيفة و جه قول أبى يوسف أن شحم الظهر شحم بذاته، و يصلح لما يصلح له الشحم . فكان كشحم البطن . قال الله تعالى " ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما " والمستثنى من جنس المستثنى منه هو الحقيقة ؛ و أبو حنيفة يقول : هذا لحم عند الناس، ألا ترى أنه لو حلف لا يأكل لحما يحنث بهذا! وكذلك فى العادة يقال فى العربية : سمين اللحم، و بالفارسية : فربهى (فربه) ؛ و الدليل عليه أن يمينه لو كان على الشراء لم يحنث بهذا إلا أن أبا يوسف يفرق بما ذكرنا أن الشراء لا يتم به وحده ، بخلاف الأكل ؛ ثم سمين اللحم يستعمل استعمال اللحوم فى اتخاذ القلايا و الباجات كاستعمال الشحوم ، و قد بينا أن الأيمان لا ينبنى على ألفاظ القرآن . و فى الآية استثناء « الحوايا » أيضا و « ما اختلط بعظم » وأحد لا يقول : إن مخ العظم يكون شحما ـ اه ص ١٨٤ .

(٥) و فى ز « الشراء ».

لأن الأكل مخالف للشراء[١]، لأن الأكل قد وقع ههنا على الشعير، و الشرى قد وقع على الحنطة .

و إن حلف الرجل أن لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا و لم يكن[٢] له نية حين حلف فانه يحنث . و إذا حلف أن لا يأكل رطبا فأكل ذلك البسر[٣] المذنب[٤] ففى هذا قولان، قول: إنه[٥] يحنث، و إن هذا ٥ المذنب[٤] يقع عليه اسم البسر و اسم الرطب ـ و هذا قول أبى حنيفة و محمد . و القول الآخر: إنه بسر و ليس برطب حتى يرطب منه ما[٦] يسمى رطبا، و هذا لا يحنث، و هو قول أبى يوسف . [٧]و قال زفر: إذا وقع عليه اسم الرطب حنث، و إذا لم يقع لم يحنث، و به نأخذ[٧] .

و لو حلف الرجل أن لا يأكل بسرا فأكل رطبا و فى الرطب شىء ١٠ من البسر لم يحنث فى قول أبى يوسف، لأن هذا الذى فى الرطب

---

(١) و فى ﻫ، م « مخالف الشراء » .

(٢) و فى ز « لم تكن » .

(٣) سقط لفظ « البسر » من ﻫ .

(٤) و فى ﻫ « المذبب » و كذا « مذببا » قبله ـ تصحيف .

(٥) و فى ﻫ « إن هذا » .

(٦) و فى ﻫ « ماء » تصحيف .

(٧-٧) كذا فى الأصول، ولم يذكر قول زفر ولا « و به نأخذ » فى المختصر ولا فى شرحه . و لعله كان تعليقا من بعض الفقهاء فأدخله بعض الناسخين فى الأصل بظن أنه من تروك الأصل .

لا يسمى بسرا، و أما فى قول أبى حنيفة[١] و محمد فانه يحنث .

و إذا حلف الرجل أن لا يأكل من هذا العنب شيئا فأكل منه بعد ما صار زبيبا لم يحنث[٢]، لأنه ليس بعنب، قد خرج من ذلك الجنس و نسب إلى غيره .

٥ و لو حلف أن[٣] لا يأكل جوزا و لا نية له فأكل منه رطبا أو يابسا[٤] فانه يحنث، و كذلك كل شيء من هذا الضرب مثل اللوز و الجوز[٥] و الفستق و التين و أشباه ذلك[٦] .

و إذا حلف الرجل لا يأكل من الحلو شيئا و لا نية له فأى شيء ما أكل من الحلو فانه يحنث من خبيص[٧] أو عسل[٨] أو سكر[٩] أو ناطف[١٠]

(١) و فى ه « ابى يوسف » تحريف، و الصواب « فى قول أبى حنيفة » .
(٢) لأن الوصف المذكور داع إلى اليمين، فقد يمتنع المرء من تناول العنب دون الزبيب، و لأن الزبيب غير العنب، ألا ترى أن من غصب عنبا فجعله زبيبا انقطع حق صاحبه عنه ! و يمينه على عين مأكول فلا يتناول ما يتخذ منه ـ اه من شرح السرخسى مع التصرف ص ١٨٤ .
(٣) و سقط حرف « أن » من ه .
(٤) سقط قوله « أو يابسا » من ه .
(٥) و فى ه « مثل الجوز و اللوز » .
(٦) لأن الاسم الذى عقد به اليمين حقيقة فى الرطب و اليابس منه فانه بعد اليبس لا يتجدد للعين اسم آخر، بخلاف الزبيب ـ اه ما قاله السرخسى فى شرحه للمختصر ص ١٨٤ .
(٧) و فى ه « حيص » تصحيف، والصواب « الخبيص » كما فى البقية . والخبيص نوع من الحلواء يتخذ من التمر و السمن .

=

أو

أو أشباه ذلك[١] .

و إذا حلف الرجل لا يأكل خبيصا[٢] فأكل منه رطبا أو يابسا حنث[٣] .

و إذا حلف الرجل أن[٤] لا يأكل شيئا فأكره على ذلك الشيء حتى أكل منه فانه يحنث ، و المكره على هذا و غيره سواء .   ٥

و لو استحلفه رجل و أكره حتى حلف لا يأكل شيئا ثم أكل بعد ذلك فانه يحنث ، و المكره على الأكل و غير المكره سواء .

و إذا حلف الرجل لا يأكل شيئا ثم أصابه مرض فأغمى عليه أو ذهب عقله فأكل منه[٥] فانه يحنث . وكذلك لو أصابه لمم فأكل حنث ،

= (٨) و فى ز « ومن عسل ». (٩) و فى م « او سكر او عسل ». (١٠) و فى المصباح المنير : والناطف نوع من الحلوى ، يسمى القبيطى ، سمى بذلك لأنه ينطف قبل استضرابه أى يقطر - اه ج ٢ ص ١٨٧ .

(١) و الحلو اسم لكل شيء حلو لا يكون من جنسه غير حلو و ذلك موجود فى هذه الأشياء ، و إن أكل عنبا أو بطيخا يحنث و إن كان حلوا ، لأن من جنسه حامض غير حلو خصوصا بأوزجند - كذا فى شرح المختصر للسرخسى ص ١٨٥ .

(٢) و فى ه « حيصا » تصحيف .

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (و إن حلف لا يأكل خبيصا فأكل منه يابسا أو رطبا حنث) لأن الرطب واليابس خبيص حقيقة وعرفا - اه ص ١٨٥ .

(٤) كذا فى الأصل وكذا فى المختصر؛ و لم يذكر حرف « ان » فى ه ، ز ، م .

(٥) سقط لفظ « منه » من ه .

و عليه الكفارة لأنه[١] حلف و هو صحيح .

[٢] و إذا حلف الرجل و هو ذاهب العقل ثم أكل و هو صحيح[٢] لم يحنث[٣] . و كذلك لو حلف و هو صغير ثم أكل بعد ما أدرك و كبر لم يحنث ، و لم يكن عليه الكفارة لأن الحنث لم يجب عليه يوم حلف .

٥ و لو حلف و هو كافر ثم أسلم ثم حنث فى يمينه لم يجب عليه شيء .

---

(١) سقط لفظ « لأنه » من م .

(٢-٢) من قوله « و إذا حلف الرجل ... » ساقط من م .

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (و إن حلف طائعا أو مكرها أن لا يأكل شيئا سماه فأكره حتى أكله حنث) لأن الإكراه لا يعدم القصد و لا يمنع عقد اليمين ـ و قد بيناه فى الطلاق ، و بعد انعقاد اليمين شرط حنثه الأكل و ذلك فعل محسوس و لا ينعدم بالإكراه . ألا ترى أنه لا يمنع حصول الشبع و الرى به (و كذلك إن أكله و هو مغمى عليه أو مجنون) لأن شرط حنثه الأكل ، و الجنون و الإغماء لا يعدم فعل الأكل ، و وجوب الكفارة باليمين لا بالحنث و هو كان صحيحا عند اليمين فيحنث عند وجود الشرط (و إن أوجر أو صب فى حلقه مكرها و قد حلف لا يشرب لا يحنث) لأنه عقد يمينه على فعل نفسه و هو ليس بفاعل بل هو مفعول به فلا يحنث ، و لكن لو شرب منه بعد هذا حنث لأن ما سبق غير معتبر فى إيجاد شرط الحنث و لكن لا يرتفع اليمين به لأن ارتفاعها بوجود شرط الحنث ، و إن حلف لا يأكل طعاما سماه فمضغه حتى دخل جوفه من مائه ثم ألقاه لم يحنث . لأن ما وصل إلى جوفه عين الطعام و لا ما يتأتى فيه المضغ و الهشم . و قد بينا أن الأكل لا يتم إلا بهذا ـ اه ص ١٨٥ .

و إذا حلف لا يأكل تمرا و ليس له نية فأكل قسبا[1] لم يحنث. وكذلك لو أكل بسرا مطبوخا فان كان نوى ذلك حين حلف فأكل منه فانه يحنث. قال أبو يعقوب و قال محمد بن العنبر[2]: قال عثمان[3]: إن حلف بالفارسية لا يأكل تمرا فأكل قسبا فانه يحنث لأن «القسب» بالفارسية «خشكيز[4]». ٥

و إذا حلف لا يأكل تمرا فأكل رطبا لم يحنث، إلا أن يكون عنى ذلك فأكله حنث، و إن لم يكن[5] له نية، فانما أضع اليمين فى هذا على معانى كلام الناس[6].

و إذا حلف الرجل لا يأكل طعاما قد سماه بعينه فأدخله فى فيه فمضغه ثم ألقاه من فيه و لم يدخل[7] فى جوفه لم يحنث. و لو مضغه حتى ١٠

(١) و فى المغرب: القسب تمر يابس يتفتت فى الفم صلب النواة، و الصاد فيه خطأ - اه ج - ص ١٢٠. و فى القاموس: القسب الصلب الشديد والتمر اليابس، والقسابة ردىء التمر - اه ج ١ ص ١١٦.

(٢) و فى ع «الصنبر» و هو فى م غير منقوط.

(٣) كذا فى الأصول، و من قوله «قال أبو يعقوب» إلى «قال عثمان» لا أعرف رجال هذا السند، و لم يذكره السرخسى ولعله كان تعليقا فأدخله الناسخ فى الأصل بظن أنه من ترولك الأصل - و الله أعلم.

(٤) هكذا فى ع، ز، ه؛ و فى م «خشكير» بالراء، ولم أعرف «خشكيز» ولا أفهم مقصود أبى يعقوب من هذا الكلام. و الله أعلم بمراد عبائه.

(٥) و فى ز «لم تكن» و هو فى م غير منقوط.

(٦) و فى ه «على معانى الناس».

(٧) و فى م «لم يدخله».

يدخل فى جوفه من مائه لم يحنث١ . ألا ترى أنه لم يأكل وأن الأكل ليس بالمضغ! ولو مصه فدخل جوفه طعمه ولم يدخل منه غير ذلك لم يحنث، لأنه هذا ليس بأكل. أرأيت لو غسله فشرب ماءه أكان أكل شيئا؟ قال: لا.

٥ وإذا حلف الرجل لا يأكل حبا ولا نية له فأى الحب ما أكل من سمسم أو غيره فانه يحنث، لأن كل شىء يقع عليه اسم الحب مما يأكل الناس فانه يدخل فى يمينه ويقع عليه الحنث إذا أكله، فان عنى شيئا من ذلك بعينه أو سماه فانه يحنث إن أكل ذلك. ولا يحنث إن أكل غيره.

١٠ وإذا حلف الرجل أن لا يأكل عسلا أو لبنا أو سويقا فشرب شيئا من ذلك شربا فانه لا يحنث. وكذلك كل شىء يؤكل ويشرب إذا حلف لا يأكله فشربه لم يحنث، لأن الشرب غير الأكل. وإذا حلف٢ لا يشرب فأكله لم يحنث. لأن الشرب غير الأكل٣.

وإذا حلف الرجل لا يأكل خبزا ولا نية له فأكل خبز الشعير

١٥ فانه يحنث، لأن خبز الشعير والحنطة فى هذا سواء وهو خبز كله.

(١) لأنه ما وصل إلى جوفه عين الطعام ولا ما يتأتى فيه المضغ والهشم. وقد بينا أن الأكل لا يتم إلا بهذا ـ كذا قاله السرخسى فى شرح المختصر ١٨٥.

(٢) وفى م « وإذا حلف الرجل ».

(٣) قال السرخسى فى شرح المختصر: لأنهما فعلان مختلفان وإن كان المحل واحدا. وشرط حنثه الفعل دون المحل ـ اهـ ص ١٨٥.

و إن أكل من سوى[1] خبز الحنطة و الشعير[2] فانه لا يحنث. إلا أن يكون نوى ذلك[3]، فان نواه حنث. و إن أكل جوزينج[4] أو أشباه ذلك لم يحنث، إلا أن يكون نوى ذلك[5]، فان نواه حنث، و إن لم يكن له نية لم يحنث فيه لأنه لا يسمى خبزا.

---

(١) كذا فى ز، م؛ و فى ع «سوا» و فى ﻫ «سواه».

(٢) و فى ﻫ «خبز الشعير و الحنطة».

(٣) قال السرخسى فى شرح المختصر ١٨٥: (و إن حلف لا يأكل خبزا فأكل خبز حنطة أو شعير حنث) لأنه خبز حقيقة و عرفا (و إن أكل خبز غيرهما لم يحنث، إلا أن ينويه) لأنه لا يسمى خبزا مطلقا ولا يؤكل ذلك عادة فى عامة الأمصار، و إن أكل خبز قطائف لم يحنث (إلا أن يكون نواه) لأنه نوى خبزا مطلقا و إنما يسمى قطائف، و إن نواه فالمنوى من محتملات لفظه لأنه نوى خبزا مقيدا ـ اﻫ. قلت: و فى قطر المحيط ج ٢ ص ١٧٤٢: القطائف نوع من الحلاوات، سميت به لما عليها من نحو خمل القطائف الملبوسة، و القطائف أيضا تمر صهب متضمرة ـ اﻫ.

(٤) كذا فى ز، وفى ع «جوزبنج» بالباء الموحدة، وهو فى م و المختصر «حورىمح» غير منقوط، و الصواب ما فى ز. و فى قطر المحيط: و الجوزينج ضرب من الحلاوات يعمل من الجوز كما يعمل اللوزينج من اللوز، معرب الجوزينق كالجوزينج زنة ومعنى ـ اﻫ ج ١ ص ٣٣٣. و كذا فى محيط المحيط وزاد فقال: معرب كوزينه فارسى معرب ـ اﻫ ج ١ ص ٣١٨.

(٥) من قوله «فان نواه ...» س ٢ ساقط من ﻫ.

و إن حلف لا يأكل خبزا فأكل خبز الأرز و نحوه[1] من الذرة و غيرها فان كان من أهل بلد ذلك[2] طعامهم حنث ، و إن كان من أهل الكوفة و نحوهم[3] مما لا يأكل ذلك عامتهم لم يحنث . إلا أن ينوى ذلك[4] .

٥　و إذا حلف الرجل لا يأكل تمرا فأكل حيسا[5] فانه يحنث ، لأن هذا هو التمر بعينه لم يغلب عليه شيء[6] .

و إن دخل[7] رجل على رجل فدعاه إلى الغداء فحلف أن لا يتغدى بطلاق أو عتاق أو غيره و لا نية له ثم قام إلى أهله فتغدى هناك :

(١) و فى ز « أو نحوه » .

(٢) و فى ه « و كان ذلك » .

(٣) و فى ه « نحوها » .

(٤) (و إن أكل خبز الأرز فان كان من أهل بلد ذلك طعامهم) كأهل طبرستان (فهو حانث) فأما فى ديارنا لا يحنث ، لأن خبز الأرز غير معتاد فى ديارنا ولا يسمى خبزا مطلقا - اه ص ١٨٦ .

(٥) و فى المغرب : الحيس تمر يخلط بسمن و أقط ثم يدلك حتى يختلط - اه ج ١ ص ١٤٥ .

(٦) و فى المختصر و شرحه للسرخسى : (و إن حلف لا يأكل تمرا فأكل حيسا حنث . لأن هذا هو التمر بعينه لم يغلب عليه غيره) فان الحيس تمر ينقع فى اللبن حتى ينتفخ فيؤكل - اه ص ١٨٦ .

(٧) كذا فى المختصر . و فى الأصل « و إن حلف رجل » تصحيف ، و الصواب ما فى المختصر و شرحه للسرخسى

لم يحنث، لأنه يمينه إنما وقعت جوابا لكلام الرجل. وكذلك لو قال كل معى، فحلف لا يأكل معه، إنما يقع هذا جواب الكلام، إلا أن ينوى غيره، فيكون ما نوى[1].

باب كفارة اليمين[2] فى الشرب فى قول محمد

وإذا حلف الرجل لا يشرب شرابا، ولا نية له فأى شراب شرب ٥ من الماء وغيره فانه يحنث، وإن كان سمى شرابا بعينه فشرب[3] غيره لم يحنث. وكذلك لو نوى شرابا بعينه فحلف على ذلك بعتق أو طلاق ولم يسم الشراب فشرب غير الذى نوى فانه يدين ويسعه فيما بينه وبين الله تعالى، ولا يدين فى القضاء.

---

(١) وفى المختصر وشرحه للسرخسى: (دخل رجل على رجل فدعاه إلى الغداء فحلف أن لا يتغدى ثم رجع إلى أهله فتغدى لم يحنث، لأن يمينه إنما وقعت جوابا) لكلامه. ومعنى هذا أن مطلق الكلام يتقيد بما سبق فعلا أو قولا، حتى لو قامت امرأته لتخرج فقال لها «إن خرجت فأنت طالق» كانت يمينه على تلك الخرجة، وكذلك إذا دعاه إلى الغداء فقال «إن تغديت» معناه: الغداء الذى دعوتنى إليه. ولو صرح بذلك لم يحنث إذا رجع إلى أهله وتغدى، ولا إذا تغدى عنده فى يوم آخر، فكذلك هنا، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب - اه ص ١٨٦.

(٢) وفى م «باب الكفارة فى اليمين».

(٣) وفى ه «وشرب».

و إذا حلف لا يشرب نبيذا و لا نية له[1] فأى نبيذ شرب فانه يحنث ، و الأنبذة[2] فى ذلك كلها سواء[3] .

---

(١) سقط لفظ « له » من ز .

(٢) و فى هـ « و الانبتة » تصحيف .

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٨٦ : (و إن حلف لا يشرب نبيذا فأى نبيذ شرب به حنث) و النبيذ : الزبيب أو التمر ينقع فى الماء فتستخرج حلاوتها ثم يجعل شرابا ، مأخوذ من النبذ و هو الطرح ، قال الله تعالى " فنبذوه وراء ظهورهم " ؛ فان شرب سكرا أو فضيخا أو عصيرا لم يحنث لأنه ليس بنبيذ و لا يطلق عليه اسم النبيذ عادة ، و لكن هذا إذا كانت يمينه بالعربية ، أما بالفارسية اسم النبيذ يطلق على كل مسكر ، و الأيمان تنبنى على العرف فى كل موضع (و لو حلف لا يشرب ماء فشرب نبيذا لم يحنث) لأنه غير الماء فانه قد تغير بما غلب عليه من حلاوة الزبيب و التمر ، و إن طبخ فلا إشكال فيه أنه غير الماء (و إن حلف لا يشرب مع فلان شرابا فشربا فى مجلس واحد) من شراب واحد (حنث ، و إن كان الإناء الذى يشربان منه مختلفا فان شرب الحالف من شراب و الآخر من شراب غيره و قد جمعهما مجلس واحد حنث) لأن مراده الامتناع من منادمته و قد وجد ذلك إذا جمعهما مجلس واحد ، سواء كان الشراب واحدا أو مختلفا و الإناء الذى يشربان فيه واحدا أو مختلفا . لأن الشرب مع الغير هكذا يكون ؛ ألا ترى أن الأمير مع ندمائه يشرب ثم إناؤه الذى يشرب منه غير إنائهم ، و ربما يشرب الصرف و يمزج لهم (إلا أن يكون نوى شرابا واحدا) حين حلف فحينئذ قد نوى أكمل ما يكون من الشرب مع فلان و نيته لذلك صحيح (و لو حلف لا يأكل الطعام فأكل منه شيئا يسيرا حنث ، و كذلك لو حلف لا يشرب الماء) لأن الاسم حقيقة للقليل و الكثير ، و الفعل يتحقق فى القليل و الكثير (فاذا عنى الماء كله و الطعام كله لم يحنث) بهذا لأن الماء و الطعام اسم جنس . فاذا عنى الكل فانما نوى حقيقة =

و إذا

و إذا حلف الرجل لا يشرب لبنا أبدا[١] و لا نية له فأى لبن شرب من ألبان الإبل و البقر[٢] و الغنم حنث[٣] . و إن صب لبن فى ماء فشرب منه فان كان اللبن غالبا على الماء يوجد طعمه و يرى فيه فهذا لبن و هو يحنث إن شرب ، و إن كان الماء هو الغالب حتى لا يرى اللبن فيه و لا يوجد طعمه فانه لا يحنث؛ ألا ترى أن هذا ماء . ٥

و لو أن رجلا حلف لا يشرب ماء فشرب نبيذا لم يحنث؛ و فى النبيذ ماء لأن الماء ههنا قد تغير .

و لو حلف رجل لا يشرب لبنا أو عسلا فأوجر[٤] ذلك وجورا لم يحنث لأنه لم يشرب . وكذلك لو صب فى حلقه و هو كاره .

و إذا حلف الرجل لا يشرب نبيذا فشرب سكرا[٥] لم يحنث لأن ١٠

= كلامه فتعمل نيته فلا يحنث بهذا (لأنه لا يستطيع أن يشرب الماء كله و لا أن يأكل الطعام كله ، و لو حلف لا يذوق شرابا و هو يعنى لا يشرب النبيذ) خاصة (فأكله أكلا لم يحنث) لأنه ذكر الشراب و الشراب يشرب فنية الشراب فيما ذكر من الذوق صحيح ، وقد بينا أنه متى عقد يمينه على فعل الشرب لم يحنث بالأكل ـ اه ص ١٨٧ .

(١) سقط لفظ « أبدا » من ه .

(٢) وفى ز ، م « او البقر » .

(٣) لم يذكر الحاكم هذه المسألة فى مختصره و لا السرخسى فى شرحه .

(٤) الوجور : الدواء الذى يصب فى وسط الفم ، يقال : أوجرته و وجرته ـ المغرب ج ٢ ص ٢٤١ .

(٥) وفى المغرب : و السكر بفتحتين عصير الرطب إذا اشتد ، وهو فى الأصل =

هذا ليس بنبيذ، و لا ينبغى له أن يشرب السكر[1]، و إثمه أعظم من الحنث و الكفارة. و لو شرب بختجا[2] لم يحنث لأنه ليس بنبيذ. و لو شرب عصيرا لم يحنث لأن هذا ليس بنبيذ، و إنما يقع هذا على ما يسمى نبيذا.

٥ و إذا حلف الرجل لا يشرب مع فلان شرابا فشربا فى مجلس واحد من شراب واحد فانه يحنث و إن كان الإناء الذى يشربان فيه[3] مختلفا، لأن الشراب[1] هكذا يكون و إن اختلفت آنيتهم. ألا[4] ترى أنه يقال: فلان يشرب مع فلان! فان شرب الحالف من شراب و شرب الآخر من شراب غيره و قد ضمهما مجلس واحد فانه يحنث لأنه قد شرب ١٠ مع فلان، إلا أن يكون نوى[5] حين حلف من شراب واحد.

= مصدر ـ اهـ ج ١ ص ٢٥٧. قلت: عصير الرطب و العنب أيضا، قال الله تعالى "و من ثمرات النخيل و الأعناب تتخذون منه سكرا و رزقا حسنا" الآية.

(١) و فى هـ «الشراب» مكان «السكر» و هو تحريف.

(٢) كذا فى الأصل و كذا هو فى ز؛ و فى هـ، م غير منقوط. و فى المغرب: البختج تعريب پخته. أى مطبوخ. و عن خواهر زاده: هو اسم لما حمل على النار فطبخ إلى الثلث. و عن الدينورى الفختج بالفاء، قال: و قد يعيد قوم عليه الماء الذى ذهب منه ثم يطبخونه بعض الطبخ و يودعونه الأوعية و يخمرونه فيأخذ أخذا شديدا، و يسمونه الجمهورى ـ اهـ ج ١ ص ١٧.

(٣) سقط لفظ «فيه» من ز.

(٤) و فى ز «الشرب».

(٥) سقط لفظ «نوى» من هـ.

ألا ترى أنه لو قال « لا آكل مع فلان طعاما أبدا » فأكلا على مائدة واحدة من طعام مختلف حنث .

و إذا حلف الرجل لا يذوق شرابا و لا نية له فذاقه بلسانه و لم يدخل جوفه منه شيئا فانه يحنث ، و الذوق ما أدخل فمه يريد أن يعلم ما طعمه ، إلا أن يكون عنى أن يدخله جوفه[١] .   ٥

و إذا حلف الرجل لا يشرب شرابا فمضغ رمانة أو شبهها فمص ماءه ثم ألقى ما بقى لم يحنث ، لأن هذا ليس بشراب . وكذلك لو حلف أن لا يأكله لم يحنث ، لأن هذا ليس بأكل .

و إذا حلف الرجل لا يشرب الماء و لا نية له فشرب من الماء شيئا[٢] قليلا أو كثيرا حنث . و كذلك لو حلف أن لا يأكل الطعام   ١٠ فأكل منه شيئا يسيرا حنث ، و إنما معنى اليمين هاهنا أن يأكل منه شيئا ، و إن كان حين حلف إنما عنى الماء كله أو الطعام كله لم يحنث أبدا لأنه لا يستطيع أن يشرب الماء كله[٣] و لا يأكل الطعام كله .

و كذلك لو قال « لا أشرب شراب فلان » ، « لا آكل طعام فلان » .

ألا ترى أنه لو قال « لا أذوق الماء » حنث إذا ذاق[٤] بعضه ! إلا أن   ١٥

---

(١) شرح هذه المسائل مضى فى التعليق من شرح السرخسى فى ابتداء الباب فراجعه .

(٢) سقط لفظ « شيئا » من ه ، م .

(٣) سقط لفظ « كله » من ه .

(٤) و فى ه « اذاق » تصحيف .

يكون عنى [1] أن لا يشربه كله [1] فانه لا يحنث .

و إذا حلف الرجل لا يشرب شرابا فأكل عسلا أو لبنا لم يحنث . و إن شرب واحدا [2] منهما حنث . لأنه يسمى الشراب فلا يقع ذلك إلا على ما يشرب .

٥ و لو حلف أن لا يذوق شرابا و هو يعنى أن لا يشرب النبيذ خاصة فأكله أكلا لم يحنث ، لأنه قال « لا أذوق شرابا »؛ إلا أن يكون عنى [3] ذلك لأنه قال « شراب [4] » .

و لو حلف لا يذوق لبنا و لم يقل « أشرب [5] » و لم يكن [6] له نية فان أكل منه حنث ، و إن شرب منه حنث ، لأنه قد ذاقه فى الوجهين جميعا [7] .

١٠ و إذا حلف الرجل لا يشرب الطلاء [8] و لا نية له وشرب شيئا يقع

(١-١) و فى هـ ، م « الأشربة كلها » .

(٢) و كان فى الأصل « واحد » و هو سهو الناسخ .

(٣) سقط لفظ « عنى » من ز . و هو سهو الناسخ .

(٤) كذا فى الأصول .

(٥) وفى هـ « الشراب » مكان « أشرب » .

(٦) و فى ز « لم تكن » .

(٧) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (و إن حلف لا يذوق لبنا و لا نية له فأكله أوشربه حنث ، لأنه قد ذاقه) و زاد عليه - اهـ ص ١٨٧ .

(٨) الطلاء - و هو بالكسر و المد - الشراب المطبوخ من عصير العنب ، و هو الرب ، و أصله القطران الخاثر الذى تطلى به الإبل ؛ ج : هو أن يطبخ حتى يذهب ثلاثاه . ويسمى لبعض الخمر طلاء - اهـ ٢ / ٣١٦ من مجمع بحار الأنوار .

عليه اسم الطلاء فانه يحنث .

و إذا حلف الرجل أن لا يشرب من دجلة و لا نية له فغرف منها بقدح ثم شرب من القدح فان أبا حنيفة قال : لا يحنث إلا أن يضع فاه فى دجلة نفسها[1] فيشرب منها . و قال أبو يوسف و محمد : يحنث . و كذلك لو استقى من ماء دجلة فجعل فى إناء ثم صب فى قدح ٥ فشرب منه فانه يحنث فى قول أبى يوسف و محمد ، و لا يحنث فى قول أبى حنيفة[2] . و قياس هذا فى قول أبى يوسف و محمد كل إناء لا يضعه[3]

---

(١) و فى م « بعينها » .

(٢) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٨٧ : (و لو حلف لا يشرب من دجلة فغرف منها بقدح و شربه لم يحنث فى قول أبى حنيفة إلا أن يضع فاه على دجلة بعينها فيشرب ، و على قول أبى يوسف و محمد يحنث) لأن الشرب من دجلة هكذا يكون فى العادة ، فانه يقال : أهل بلدة كذا يشربون من دجلة ، و إنما يراد بطريق الاغتراف فى الأوانى . و لكن أبو حنيفة يقول : حقيقة الشرب من دجلة يكون بالكرع ، و هذه حقيقة مستعملة ، جاء فى الحديث أن النبى صلى الله عليه و سلم قال لقوم نزل عندهم : هل عندكم ماء بات فى شن ؟ و إلا كرعنا ؛ و قد بينا أن الحقيقة إذا كانت مستعملة فاللفظ يحمل عليه دون المجاز و الحقيقة مرادة . فانه لو كرع يحنث ، و هو حقيقة الشرب من دجلة لأن « من » للتبعيض فالحقيقة أن يضع فاه على بعض دجلة ، و الحقيقة استعمال اللفظ فى موضعه ، و المجاز استعماله فى غير موضعه ؛ و لا يتصور أن يكون اللفظ الواحد مستعملا فى موضعه معدولا به عن موضعه ؛ فهذا و ما تقدم من مسألة الحنطة سواء ؛ و إن عندهما فى الفصلين إنما يحنث لعموم المجاز ؛ قال : ألا ترى أنه لو حلف لا يشرب من هذا الحب فغرف منه بقدح فشرب فانه يحنث ؛ و هذا عندهما ، و أما عند =

الرجل على فيه فيشرب منه[1] فانما المعنى فيه أن يأخذ منه فيشرب منه كما يشرب الناس. ألا ترى أنه لو حلف لا يشرب من هذا الحب[2] فاغترف[3] منه بقدح فشرب أنه يحنث! لأن معنى الكلام هذا.

باب الكفارة فى اليمين[4] فى الكسوة

٥ وإذا حلف الرجل لا يشترى ثوبا ولا نية له[5] فاشترى كساء خز[6] أو طيلسانا أو ثوبا من البياض أو الوشى[7] أو غيره فانه يحنث. وكذا لو اشترى فروا أو قباء أو قميصا. ولو اشترى مسحا[8] أو بساطا

= أبى حنيفة إذا كان ملآنا فيمينه على الكرع خاصة، وإن لم يكن ملآنا فحينئذ الجواب كما قالا. لأن الكرع لا يتأتى هنا، كما لو حلف لا يشرب من هذا البئر، وإن تكلف للكرع من البئر ففيه اختلاف المشايخ كما بيناه فى مسألة الدقيق، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب ـ اه ص ١٨٨ (٣) فى ه «لا يصفه».

(١) سقط لفظ «منه» من ه.

(٢) وفى م «الجب».

(٣) وفى ه «فغرف».

(٤) وفى ه «كفارة اليمين».

(٥) سقط لفظ «له» من الأصل، موجود فى البقية.

(٦) الخز اسم دابة، ثم سمى الثوب المتخذ من وبره خزا ـ اه من المغرب ج ١ ص ١٥٦.

(٧) وفى المغرب: الوشى خلط اللون باللون، ومنه: وشى الثوب ـ إذا رقمه ونقشه، والوشى نوع من الثياب الموشية تسمية بالمصدر. يقال: فلان يلبس الوشى ـ اه ج ٢ ص ٢٥١.

(٨) والمسح بالكسر لباس الرهبان، والجمع المسوح ـ من المغرب ج ٢ ص ١٨٤.

لم يحنث، إنما [١] أضع هذا على ما يلبس الناس، ولا أضعه على البسط.
ولو اشترى قلنسوة لم يحنث لأن هذا ليس بثوب [٢]. ولو اشترى خرقة لا تكون نصف ثوب لم يحنث [٣]. فان اشترى أكثر من نصف ثوب حنث [٤]، لأنه لا يسمى [٥] ثوبا. ولو اشترى ثوبا صغيرا [٦] حنث.

ولو حلف لا يلبس ثوبا ولا نية له كان مثل هذا سواء، ولو سمى [٧] ثوبا بعينه فلبس منه طائفة تكون أكثر من نصفه حنث [٨].

ولو حلف لا يلبس ثوبا بعينه فقطعه قباء أو قميصا أو جبة فحشاها فلبسها فانه يحنث [٩].

---

(١) وفى ه « اما ».

(٢) فالثوب ما يستر العورة وتجوز الصلاة فيه - قاله السرخسى ج ٩ ص ٢.

(٣) لأن هذا لا يستر العورة، ولا يتأدى به الكسوة فى الكفارة - اه من شرح السرخسى.

(٤) الثوب ينطلق على أكثر الثوب، ولأنه يستر عورته - اه ما فى شرح المختصر للسرخسى.

(٥) وفى ه، م « فانه يسمى ».

(٦) ومراده ما يكون إزارا أو سراويل يستر العورة وتجوز الصلاة فيه - كذا قال السرخسى فى شرح المختصر.

(٧) وفى ه « لبس » مكان « سمى » تحريف.

(٨) لأنه يسمى لابسا له، ألا ترى أن الإنسان قد يلبس الرداء وبعض جوانبه على الأرض - كذا فى شرح السرخسى.

(٩) لأنه جعل شرط حنثه لبس العين، وعقد اليمين باسم الثوب، والثوب باق بعد ما اتخذ منه الجبة، فان لابس الجبة يسمى لابسا للثوب (بخلاف ما لو =

و لو حلف لا يلبس ثوبا و هو يعنى من المروى[1] فلبس من غيره ثوبا لم يحنث فيما بينه و بين الله تعالى ، فأما فى القضاء فلا يدين و هو له[2] لازم عتقا كان أو طلاقا . و لو حلف على قميص لا يلبسه أبدا فجعله قباء فلبسه أو حلف على قباء لا يلبسه فجعله قميصا أو جبة ٥ محشوة فلبسها و لا نية له حين حلف لم يحنث ، لأنه قد تغير و خرج من ذلك الجنس . و لو نوى[3] لا يلبسه على حال[4] حنث .

و إذا حلف الرجل لا يلبس[5] ثوبا مسمى[6] و هو لابسه و لا نية له فتركه بعد الحلف عليه ساعة أو يوما فانه يحنث لأنه قد لبسه . و إن كان نوى حين حلف لبسا مستقبلا بعد أن ينزعه لم يحنث ، إلا أن يفعل ١٠ ذلك . و لو حلف على ذلك بعتق أو طلاق و نوى ذلك لم يدين فى القضاء ، و لكن يدين فيما بينه و بين الله تعالى .

= حلف على قميص لا يلبسه أبدا فجعل منه قباء فلبسه لم يحنث) لأنه عقد اليمين باسم القميص ولا يبقى هذا الاسم بعد ما جعله قباء ، ألا ترى أن لابس القباء لا يسمى لابس القميص - اه ما قاله السرخسى فى شرح المختصر ج ٩ ص ٢ .

(١) وفى المغرب : الثياب المروية - بسكون الراء - منسوبة إلى بلد بالعراق على شط الفرات - اه ج ٢ ص ١٨٣ .

(٢) و فى ه « هؤلاء » تصحيف .

(٣) و فى ه « ولوكان نوى » .

(٤) و فى ه « على اى حال » .

(٥) و فى م « ان لا يلبس » .

(٦) و فى ه « سمى » .

و إذا

و إذا حلف الرجل لا يلبس من غزل فلانة شيئا و ليست له نية فلبس ثوبا قد غزلته حنث، لأنه[1] لبس الغزل[2] هكذا يكون[3] . و إن عنى[4] لبس الغزل بعينه قبل أن ينسج ثوبا فانه لا يحنث إذا لبسه ثوبا[5] .

و إذا حلف الرجل لا يلبس ثوبا من غزل فلانة فلبس ثوبا من غزلها و غزل أخرى فانه لا يحنث، لأن الثوب كله ليس من غزلها ٥ إذا شركتها الأخرى فيه[6] . وكذلك لو[7] حلف لا يلبس ثوبا من نسج فلان . و كذلك لو[7] حلف لا يلبس ثوبا من شراء[8] فلان فاشترى

---

(١) كذا فى ه وكذا فى المختصر؛ و فى م « لأن » .

(٢) من قوله « حنث » ساقط من الأصل ، و من قوله « لأنه » ساقط من ز .

(٣) كذا فى المختصر و شرحه ، و سقط قوله « هكذا يكون » من الأصول التى بأيدينا .

(٤) و فى ه « و ان كان عنى » .

(٥) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ج ٩ ص ٢ : (و إن حلف لا يلبس من غزل فلانة شيئا فلبس ثوبا من غزلها حنث ، لأن لبس الغزل هكذا يكون) فى العادة ، و فى القياس لا يحنث لأن الثوب غير الغزل ؛ألا ترى أن من غصب غزلا فنسجه كان الثوب له ! و لكنه ترك هذا القياس للعرف فان أحدا لا يلف الغزل على نفسه هكذا ، و لو فعله لا يسمى لابسا ثوبا ، و إنما يسمى لابسا للغزل (و إن نوى الغزل بعينه قبل أن ينسج لم يحنث إذا لبسه) يعنى (ثوبا) لأنه نوى حقيقة كلامه - اه ص ٣ .

(٦) لأن الذى من غزلها بعض الثوب ، و يستوى إن نسج غزلها مختلطا أو غزل كل واحدة منها فى جانب على حدة - اه ما قاله السرخسى ج ٩ ص ٣ .

(٧) و فى ه « اذا » مكان « لو » فى كلا الحرفين .

(٨) و فى م « شرى » .

معه آخر لم يحنث[1] . وكل شيء من هذا يشرك[2] المحلوف عليه آخر فان الحالف لا يحنث .

و إذا حلف الرجل على ثوب أن[3] لا يلبسه فقطعه قميصا أو قباء فلبسه فانه يحنث ، لأنه قد لبس ذلك الثوب و لم يغيره هذا[4] و يخرجه[5]
٥ من أن يكون ثوبا ، فهو[6] ثوب بعد و إن كان مقطعا .

و إذا حلف الرجل لا يلبس خزا و لا نية له فلبس ثوبا من هذه الثياب التى تسميها[7] الناس الخز فانه يحنث ، لأنه هو خز عند الناس و إن لم يكن خالصا .

و إذا حلف الرجل لا يلبس[8] ثوبا حريرا و لا ثوب إبريسم
١٠ و لا نية له فلبس ثوب خز[9] سداه إبريسم أو حرير لم يحنث ، و إنما يقع[10] اليمين ههنا إن لبس ثوب حرير كله أو إبريسم كله . ألا ترى

(١) و هذا إذا كان فلان ذلك يباشر الشراء و النسج بيده ، فان كان ممن لا يفعل ذلك وإنما ينسج له غلمانه وأجراؤه فهو حانث إذا لبس ثوبا نسجوه له ، لأن مقصود الحالف معتبر فى اليمين ـ اه ما قاله السرخسى فى شرحه ج ٩ ص ٣ .
(٢) و فى ه « فشرك » .
(٣) لم يذكر حرف « أن » فى ه .
(٤) و فى ه « لهذا » .
(٥) كذا فى الأصول ، ولعل الصواب « و لم يخرجه » .
(٦) و فى ه « فهذا » .
(٧) و فى ه « يسميها » .
(٨) و فى م « و إذا حلف لا يلبس » .
(٩) و فى ه « ثوبا خزا » .
(١٠) و فى م « تقع » .

أنه لو لبس ثوبا علمه إبريسم أو حرير لم يحنث! و لو لبس ثوبا ملحما لحمته إبريسم أو حرير حنث! و إن كان حين حلف لا يلبس حريرا ولا إبريسما[١] ينوى سدى[٢] الثوب و لحمته و علمه فلبس ثوبا سداه أو علمه أو لحمته إبريسم حنث[٣].

و إذا حلف الرجل لا يلبس قطنا و لا نية له فلبس ثوب قطن فانه يحنث. و لو لبس قباء ليس بقطن و هو محشو بقطن لم يحنث، إنما أضع اليمين ههنا على ثوب من قطن، إلا أن يعنى الحشو[٤]. و كذلك

(١) و فى المغرب: والحرير الإبريسم المطبوخ، وسمى الثوب المتخذ منه حريرا، و فى جمع التعاريق: الحرير ما كان مصمتا أو لحمته حرير - اهـ ج ١ ص ١١٦.

(٢) و فى هـ «سداه».

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (و إن حلف لا يلبس حريرا أو إبريسما فلبس ثوب خز سداه حرير أو إبريسم لم يحنث) لأن الثوب لا ينسب إلى سداه، و إنما ينسب إلى لحمته، فان اللحمة هى التى تظهر دون السدى، ألا ترى أن لبس الحرير حرام على الذكور ثم لا بأس بلبس العتابى و المصمت و إن كان سداه حريرا! لأن لحمته غزل (و لو لبس ثوبا لحمته إبريسم أو حرير حنث) عندنا بمنزلة ما لو كان حريرا كله؛ ألا ترى أنه لا يحل للرجال لبسه! و الشافعى يعتبر اللون والبريق فيقول: إن كان الغالب عليه بريق الإبريسم و لينه حنث و إلا فلا، و أشار إلى الفرق بين هذا و بين الخز، و لا معنى للفرق سوى العرف فان الناس يسمونه ثوب الخز و إن لم تكن لحمته خزا، و لا يسمونه ثوب الحرير إلا أن يكون حريرا كله أو يكون لحمته حريرا (إلا أن ينوى سدى الثوب أو لحمته أو علمه فحينئذ يحنث) إذا لبسه بتلك الصفة لأنه شدد على نفسه بنيته - اهـ ص ٣.

(٤) لأن القباء ينسب إلى الظهارة لا إلى الحشو، و لا يسمى فى الناس لابسا =

لو حلف لا يلبس ثوبا من كتان[1] فلبس ثوبا من قطن و كتان لم يحنث، لأنه لم يلبس ما حلف عليه. ألا ترى أنك تقول: هذا الثوب قطن و كتان ـ و لا تنسبه إلى أحدهما دون صاحبه! و الخز قد تنسبه إلى الخز دون الإبريسم.

٥ و إذا حلف الرجل لا يلبس ثوب كتان فلبس ثوبا من قطن وكتان لم يحنث، لأن هذا ليس بكتان كما قال. ألا ترى أنه لا ينسب إلى كتان، و ليس هذا[2] كالخز. الخز[3] ينسب إلى الخز و لا ينسب إلى ما فيه من الإبريسم و الحرير[4].

= للحشو، وإنما يسمى لابسا للقباء المحشو فلا يحنث لكون حشوه قطنا (إلا أن يعنيه) ـ اه ما قاله السرخسى فى شرح المسألة من شرحه للمختصر ص ٣.

(١) و فى ز «كتاب» تصحيف.

(٢) سقط لفظ «هذا» من هـ.

(٣) سقط لفظ «الخز» من هـ.

(٤) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ج ٩ ص ٣: (و إن حلف لا يلبس كتانا فلبس ثوبا من قطن وكتان حنث) لأنه قد لبس الكتان (بخلاف ما لو حلف لا يلبس ثوب كتان) لأنه إذا سمى الثوب فشرط حنثه أن يكون جميعه كتانا و لم يوجد. و إذا سمى الكتان فشرط حنثه و هو لبس الكتان قد وجد لأنه يقال: هذا ثوب قطن وكتان. فان القطن و الكتان يستويان فى إضافة الثوب إليهما فلا يصير منسوبا إلى أحدهما دون الآخر. بخلاف الخز فانه يغلب على الإبريسم فى نسبة الثوب إليه، و بخلاف الإبريسم مع الغزل، فان الإبريسم يغلب على الغزل فى نسبة الثوب إليه حتى يسمى ملحما وإن كانت سداه قطنا =

و إذا

و إذا حلف الرجل أن[1] لا يلبس ذلك القطن لقطن بعينه فجعل ذلك القطن ثوبا و لم يكن[2] له نية حين حلف فانه يحنث إن لبس الثوب، لأن القطن لا يلبس إلا هكذا.

و إذا حلف لا يلبس ثوبا قد سماه بعينه فاتزر به أو تردى به[3] أو اشتمل به فانه يحنث فى أى ذلك ما صنع، لأن هذا لبس. ٥

و إذا حلف أن لا يلبس هذا القميص و ليست له نية فاتزر به أو تردى به حنث. و إذا[4] قال «لا ألبس قميصا» و ليست له نية فارتدى به أو اتزر به لم يحنث. و إنما أضع هذا على أن يلبسه كما يلبس القميص، و على هذا معانى كلام الناس عندنا، و أدع القياس فيه. ألا ترى أنه لو قال «ما لبست اليوم قميصا» كان صادقا! وكذلك القباء. أرأيت لو حلف لا يلبس ١٠ درعا حريرا فوضعه على عنقه[5] كان هذا لابسا له. و قال أبو يوسف و محمد: إذا سمى لا يلبس هذا القميص بعينه أو هذا القباء فاتزر به

= (و إن حلف لا يلبس هذا القطن فجعله ثوبا فلبسه حنث) لأن القطن هكذا يلبس؛ و الحاصل أنه بنى هذه المسائل على معانى كلام الناس فلا يشكل على من يتأمل فى كلام الناس ـ اه ص ٤.

(١) لم يذكر حرف «أن» فى ه.

(٢) و فى ز «لم تكن» و هو فى م غير منقوط.

(٣) كذا فى ز، م. و سقط لفظ «به» من ه، ع.

(٤) و فى ه، م «و إن».

(٥) و فى م «عاتكه» مكان «عنقه».

أو تردى حنث، لأنه قد لبسه[١] .

و إذا حلف الرجل لا يلبس قميصا فلبس قميصا ليس له[٢] كمان ولم يكن[٣] له نية حين حلف فانه يحنث . ألا ترى أنه قميص و إن لم يكن له كمان! وكذلك الدرع . ألا ترى أن الرجل قد يشترى الكمين ٥ للدرع و ليس للدرع كمان بعد و إنما ينسب إلى البدن[٤] .

و إذا[٥] حلف لا يلبس ثوبا فوضعه على عنقه يريد بذلك الحمل لا يريد بذلك[٦] اللبس لم يحنث[٧]؛ لأنه إنما حمل و لم يلبس .

(١) و فى المختصر و شرحه : (و إن حلف لا يلبس ثوبا قد سماه بعينه فاتزر به أو ارتدى أو اشتمل به حنث) و القميص و غيره فيه سواء (بخلاف ما لو قال « لا ألبس قميصا » فاتزر بقميص أو ارتدى به فانه لا يحنث) فى القياس فى الفصلين سواء لكنه استحسن الفرق بينهما بناء على الحرف الذى بينا أن الوصف فى غير المعين معتبر ، و فى المعين لا يعتبر ، إنما يصير معلوما بوصفه ، ثم لبس القميص بصفة مخصوصة متعارف . والثابت بالعرف كالثابت بالنص ، و إذا لم يعين القميص انصرف يمينه إلى اللبس بالصفة المعروفة (فاذا اتزر به أو ارتدى به لم يحنث ، ألا ترى أنه لو قال « ما لبست اليوم قميصا » كان صادقا) و أما فى المعين لا يعتبر الوصف فعلى أى وجه لبسه كان حانثا . ألا ترى أنه لو قال « ما لبست هذا القميص » و قد اتزر به كان كاذبا ـ اه ص ٤ .

(٢) سقط لفظ « له » من ه .

(٣) و فى ز « لم تكن » و هو فى م غير منقوط .

(٤) و فى ه « اليدين » مكان « البدن » .

(٥) و فى ه ، م « و لو » .

(٦) لم يذكر لفظ « بذلك » فى ه ، م .

(٧) و فى ه « لا يحنث » . و فى المختصر و شرحه للسرخسى : (و إن حلف لا يلبس =

[1]و إذا حلف الرجل لا يلبس ثوبا فألبسه إياه رجل و هو مكره لم يحنث، لأنه لم يلبس و إنما ألبس[1].

و إذا حلف الرجل لا يلبس ثوبا و هو ينوى ثوبا[2] من الثياب خاصة فلبس غير ذلك فانه يسعه فيما بينه و بين الله تعالى، و لو حلف رجل بعتق أو طلاق لم يدين فى القضاء. ٥

و إذا حلف الرجل لا يلبس و لم يقل «ثوبا» و هو ينوى نوعا من الثياب خاصة فلبس غيره فانه يحنث من قبل أنه لم يسم شيئا. وكذلك لو حلف لا يأكل و هو ينوى نوعا من الطعام أو حلف لا يشرب و هو ينوى نوعا من الشراب و ليس له فى شيء من هذا تسمية[3] فانه يحنث لأنه لم يسم شيئا. ١٠

و إذا حلف الرجل لا يلبس ثوب فلان هذا الثوب بعينه و هو ينوى ما دام فى ملكه فباعه فلبسه الذى حلف عليه بعد ذلك لم يحنث، و إن لم يكن[4] له نية فلبسه بعد ما باعه فانه لا يحنث أيضا فى قول أبى حنيفة و أبى يوسف، و يحنث فى قول محمد.

و إذا حلف الرجل لا يلبس من ثياب فلان شيئا و هو يعنى[5] ما عنده ١٥

= ثوبا فوضعه على عاتقه يريد به الحمل لا يحنث) لأنه حامل حافظ، لا مستعمل لابس، ألا ترى أن الأمين إذا فعل ذلك بالأمانة لم يضمن ـ اه.

(١-١) من قوله «و إذا حلف ...» ساقط من ه.

(٢) سقط قوله «و هو ينوى ثوبا» من ه.

(٣) قوله «تسمية» كذا فى ع، ز، ه؛ و فى م «نية».

(٤) و فى ز «لم تكن» و هو فى م غير منقوط.

(٥) و فى ه «ينوى».

فاشترى فلان ثيابا فلبس منها ثوبا فانه لا يحنث[1] . و لو اشترى منه ثوبا فلبسه لم يحنث ، لأنه قد خرج من ملك فلان فى قول أبى حنيفة و أبى يوسف . وكذلك لو اشتراه غيره منه . وكذلك إن وهبه فلان لغيره و قبضه الموهوب له ثم لبسه الحالف لم يحنث . وكذلك لو لبس ٥ ثوبا لفلان و لآخر[2] لم يحنث لأنه ليس لفلان كله .

و إذا حلف الرجل لا يكسو فلانا[3] شيئا ولا نية له فكساه قلنسوة أو خفين أو جوربين أو نعلين حنث ، لأنه مما يكسى[4] .

و لو حلف رجل[5] لا يكسو فلانا ثوبا فأعطاه درهما[6] ليشترى[7] به[8]

(١) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (و إن حلف لا يلبس من ثوب فلان شيئا و هو ينوى ما عنده فاشترى فلان ثيابا فلبس منها لم يحنث) لأن المنوى من محتملات لفظه ، فانه عقد يمينه على فعل فى ملك مضاف إلى فلان و نوى حقيقة الإضافة فى الحال ، فتصح نيته و يجعل ما نوى كالملفوظ به ـ اهـ ص ٤ .

(٢) كذا فى هـ ، م ؛ و فى ع ، ز « و الآخر » .

(٣) و فى ز « فلان » تصحيف .

(٤) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (و لو حلف لا يكسو فلانا شيئا و لا نية له فكساه قلنسوة أو خفين أو جوربين حنث) لأن الكسوة عبارة عن التمليك ، و ما ملكه شىء فيتم شرط حنثه ، بخلاف ما لو حلف لا يكسوه ثوبا ، الثوب ما يكون ساترا لبدنه و ذلك لا يوجد فى الخف و القلنسوة ولهذا لا بهما الكسوة فى الكفارة ـ اهـ ص ٤ .

(٥) و فى ز « فلان » مكان « رجل » .

(٦) و فى هـ « دراهم » و فى ع ، ز « دراهما » و الصواب « درهما » كما هو

ثوبا

ثوبا لم يحنث ، لأن هذا لم يكسه ، إنما وهب له دراهم . و لو أرسل إليه
بثوب كسوة حنث ، لأنه قد كساه ، و لو كان حين حلف أن لا يكسوه[١]
ثوبا نوى لا يعطيه بيده إلى يده لم يحنث[٢] .

و إذا حلف الرجل لا يلبس سلاحا أبدا و لا نية له فتقلد سيفا
أو تنكب[٣] قوسا أو ترسا لم يحنث . لأنه قال « لا ألبس سلاحا » فلا يحنث ٥
حتى يلبس كما قال . و لو لبس[٤] درع حديد و لم يكن معه غيره
حنث . لأنه هذا قد لبس السلاح . و لو حلف لا يلبس درعا و لا نية
له فلبس درعا من حديد أو درع امرأة فأى ذلك ما لبس فانه يحنث .
فان كان نوى حين حلف لبس الحديد دون ما سواه لم يحنث إلا فيه .
و إن كان نوى درع النساء دون الحديد[٥] لم يحنث إلا فيها . ١٠

= فى م ، أو « دراهم » كما هو فى هـ . (٧) و فى ز « فاشترى » . (٨) و فى
هـ ، م ، ز « بها » .

(١) و فى هـ « لا يكسو » .

(٢) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ٤ : (و لو حلف لا يكسوه ثوبا فأعطاه
دراهم فاشترى بها ثوبا لم يحنث ، لأنه ما كساه الثوب ، و إنما وهب له الدراهم)
و أشار عليه بمشورة ، و الموهوب له بالخيار إن شاء اشترى بها ثوبا و إن شاء
غيره (فلو أرسل إليه بثوب كسوة حنث) لأنه قد كساه فان فعل رسوله
كفعله (فان نوى أن يعطيه من يده إلى يده لم يحنث) لأنه نوى حقيقة
كلامه - اهـ ص ٥ .

(٣) و فى المغرب : تنكب القوس ، ألقاها على منكبه - اهـ ج ٢ ص ٢٢٧ .

(٤) و فى م « و لبس » سقط منها حرف « لو » .

(٥) و فى م « دون درع الحديد » .

و إذا حلف الرجل لا يلبس شيئا و لا نية له فلبس درع حديد[١] أو درع امرأة أو خفين أو نعلين أو قلنسوة فانه يحنث فى أى ذلك ما لبس ، لأنه حلف لا يلبس شيئا ، فكل[٢] شىء وقع عليه اسم الشىء و اسم لبس[٣] فانه يحنث إذا لبسه و تجب[٤] عليه الكفارة[٥] .

باب الكفارة فى الوفاء فى اليمين[٦]

٥

و إذا حلف الرجل ليقضين فلانا ماله رأس الشهر و لا نية له فله الليلة التى يهل فيها الهلال و يومها ذلك كله[٧] . ألا ترى أنك تقول : اليوم رأس الشهر ، و إنما أهل[٨] البارحة .

---

(١) و فى هـ « درعا حديدا » .

(٢) و فى م « و كل » .

(٣) فى م « و اشم لبس » تصحيف .

(٤) و فى ز « يجب » و هو فى م غير منقوط .

(٥) لأنه عقد يمينه على فعل اللبس فى محل هو شىء ، و اسم الشىء يتناول هذا كله ، و فعل اللبس يوجد فى كلها ، فلهذا حنث ـ اهـ ما قاله السرخسى فى شرح المسألة ج ٩ ص ٥ .

(٦) كذا فى هـ ، ز ، م ؛ و سقط حرف « فى » الأولى من المختصر ، و فى شرح المختصر « باب القضاء » و كان فى الأصل العاطفى « فى اليمين فى الوفاء » .

(٧) لأن الشهر جزء من الزمان يشتمل على الليل و النهار ، و رأس كل شهر أوله ، فأول الليلة و أول اليوم من الشهر يكون رأس الشهر ـ كذا قال السرخسى فى شرح المسألة من شرحه للمختصر ص ٥ .

(٨) و فى هـ « هل » تصحيف .

و إذا حلف الرجل للرجل ليعطينه حقه صلاة الظهر فله وقت الظهر كله ، فاذا ذهب وقت الظهر قبل أن يعطيه وقع عليه الحنث . وكذلك إذا غابت الشمس من اليوم الذى سمى رأس الشهر قبل أن يعطيه فانه يحنث .

و إذا حلف ليعطينه عند طلوع الشمس فله من حين تطلع الشمس ٥ إلى أن تبيض[1] .

و إذا حلف ليعطينه يوم كذا و كذا[2] فله ذلك اليوم كله ، فاذا غابت الشمس قبل أن يعطيه حنث .

و إذا حلف ليعطينه ماله رأس الشهر فأعطاه قبل ذلك أو وهبه له[3] الطالب أو أبرأه منه قبل الهلال و جاء الهلال و ليس عليه شيء ١٠ فانه لا يحنث فى قول أبى حنيفة و محمد ، و يحنث فى قول أبى يوسف . وكذلك لو مات المطلوب و بقى الطالب فانه لا يحنث ، لأنه قد مات قبل مضى[4] المدة . ألا ترى أنه لو أعطاه فيما بقى من الشهر لم يحنث ! و كذلك لو حلف على هذا بعتق أو طلاق . و كذلك لو أن المطلوب قضى ذلك إلى وكيل الطالب برّ و لم يحنث . ١٥

---

(١) لأن صاحب الشرع نهى عن الصلاة عند طلوع الشمس ، ثم النهى يمتد إلى أن تبيض — اه ما قاله السرخسى فى شرح المختصر .

(٢) و فى ز « او كذا » .

(٣) سقط لفظ « له » من الأصل العاطفى ، موجود فى بقية الأصول .

(٤) و فى م « قبل أن يمضى » .

و لو حلف لا يعطيه حتى يأذن له فلان فمات فلان أو لا يكلمه حتى يأذن له فلان فمات فلان[1] قبل أن يأذن له ثم كلمه أو أعطاه حقه لم يحنث، لأن فلانا قد مات و انقطع إذنه فى الإعطاء[2] و الكلام - و هذا قول أبى حنيفة و محمد. و فيها قول آخر غير هذا: إنه يحنث،
٥ و هو قول أبى يوسف إذا كلمه أو أعطاه. و إن كان فلان قد مات قبل أن يأذن له فانه على يمينه.

و إذا حلف الرجل ليأكلن طعاما سماه غدا أو ليلبسن[3] ثوبا قد سماه غدا فاحترق ذلك الطعام أو ذلك[4] الثوب قبل أن يجىء غد[5] لم يحنث، لأنه قد بقى من مدته و وقته شيء. و قال أبو يوسف و زفر: يحنث
١٠ إذا مضى الغد.

و إذا حلف الرجل ليضربن فلانا، أو ليعطين فلانا ما له عليه، أو ليكلمن فلانا فى كذا وكذا و لم يوقت لذلك وقتا فمات المحلوف عليه قبل أن يفعل أو الحالف فان الحنث قد وقع على الحالف، لأنه لم يفعل ذلك.

١٥ و اذا حلف ليعطين فلانا ما له و فلان قد مات قبل ذلك و هو لا يعلم لم يكن عليه حنث. و كذلك لو حلف ليضربن فلانا أو ليكلمن

---

(١) سقط لفظ «فلان» من ه.

(٢) و فى م «بالاعطاء».

(٣) و فى م «و ليلبسن».

(٤) سقط لفظ «ذلك» من ه، م.

(٥) و فى ه «غدا» بالنصب.

فلانا[1] أو ليقتلن فلانا ـ و هذا قول أبى حنيفة و محمد ، و فيها قول آخر : إنه يحنث فى ذلك علم أو لم يعلم ، و هو قول أبى يوسف و زفر .

[2]و إذا حلف ليشربن هذا الماء الذى فى هذا الكوز فنظر فاذا ليس فى الكوز ماء لم يحنث[2] . و كذلك لو حلف بالعتق أو بالطلاق على هذا الأمر[3] ، لأنه[4] لم يحلف على شيء . ألا ترى أنه لو حلف ليكلمن هذا ٥

(١) سقط قوله « أو ليكلمن فلانا » من هـ و فيها « فلان » قبل « أو » تصحيف .

(٢-٢) من قوله « و إذا حلف ... » ساقط من م . و فى المختصر و شرحه للسرخسى : (و على هذا « والله لأشربن هذا الماء الذى فى هذا الكوز» و لا ماء فى الكوز لا ينعقد يمينه فى قول أبى حنيفة و محمد) لأنه عقد يمينه على خبر ليس فيه رجاء الصدق ، إلا أنه لا فرق هنا بين أن يعلم أن الكوز لا ماء فيه أو لم يعلم . لأنه عقد اليمين على شرب الماء الموجود فى الكوز والله تعالى وإن أحدث فى الكوز ماء فليس هو الماء الذى كان موجودا فى الكوز وقت اليمين ، بخلاف مسألة القتل إذا كان يعلم بموت فلان . لأنه عقد يمينه على فعل القتل فى فلان ، فاذا أحياه الله فهو فلان فكان ما عقد عليه اليمين متوهما ، و وزان هذا فى مسألة الكوز أن لو قال « لأقتلن هذا الميت » فان يمينه لا ينعقد لأنه لا تصور لما حلف عليه فانه إذا أحياه الله تعالى حتى يتحقق فيه فعل القتل لا يكون ميتا ، و فى مسألة القتل رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة على ضد ما ذكره فى الأصل أنه إذا كان لا يعلم بموته ينعقد يمينه باعتبار ما يتوهمه بجعله كالموجود حقيقة فى حقه ، و إن كان يعلم بموته لا تنعقد يمينه ، لكن الأول أصح ـ اهـ ص ٧ .

(٣) زاد فى هـ بعد لفظ « الأمر » « لم يحنث » .

(٤) كذا فى هـ ، م ؛ و فى ز « انه » و سقط لفظ « لأنه » من الأصل .

الرجل و أشار بيده إلى رجل فاذا هو لا شيء لم يحنث فى قول أبى حنيفة و محمد، و يحنث فى قول أبى يوسف و زفر فى[1] هذا كله .

و إذا حلف بطلاق امرأته ليأتين البصرة و لم يوقت لذلك وقتا فمات قبل أن يأتيها كان الطلاق يقع على امرأته ، فان كان دخل بها ٥ فلها الميراث، لأن الطلاق قد وقع عليها قبل الوقت و هو فار ، و العدة عليها أبعد الأجلين أربعة أشهر و عشر[2] تستكمل فيها ثلاث حيض ، و إن لم يكن دخل بها فلا عدة عليها ، و لا ميراث لها لأنه قد حنث و وقع الطلاق عليها حيث مات و لم يأت البصرة . و قال أبو يوسف فى المسألة الأولى: عليها العدة بالحيض ، و ليس عليها الشهور . و لو بقى الرجل ١٠ لم يمت فماتت امرأته كان له الميراث منها[3] لأن الحنث و الطلاق لم يقع عليها بعد . ألا ترى أنه يقدر أن يأتى البصرة! و كذلك لو حلف بعتق عبده أو بيمين غير ذلك فمات قبل أن يقع وقع الحنث عليه[4] .

و لو حلف بطلاق امرأته ثلاثا إن لم تأت[5] امرأته البصرة و لم يوقت لذلك وقتا فماتت[6] قبل أن تأتيها[7] وقع عليها الطلاق قبل أن

(١) سقط حرف « فى » من م .

(٢) كذا فى الأصل ، و فى ه ، ز ، م « عشرا » .

(٣) و فى ز « منه » تصحيف .

(٤) سقط لفظ « عليه » من ه ، ز .

(٥) و فى ه « لم يات » و هو فى م غير منقوط .

(٦) و فى ه ، م « فمات » .

(٧) و فى ه ، ز « يأتيها » .

تموت[1] ، ولا ميراث للزوج ، ولو مات الزوج وبقيت المرأة لم يقع عليها الطلاق ، وكان لها الميراث لأنها قد تقدر على أن تأتى البصرة ، وفى المسألة الأولى قد ماتت ولم تأت[2] البصرة فوقع الحنث عليها . وكذلك كل شيء حلف عليه الرجل ليفعلنه ولم يوقت فيه وقتا فمات قبل أن يفعله وجب عليه الحنث . ٥

ولو حلف رجل بعتق كل مملوك له أن لا يكلم فلانا وليس له مملوك يومئذ ثم اشترى رقيقا ثم كلم فلانا لم يقع عليهم[3] العتق ، لأنه لم يحلف يوم حلف وهم عنده[4] . وإن[5] كان له رقيق ثم حلف ثم باعهم ثم كلم فلانا وهم ليسوا فى ملكه لم يقع عليهم العتق ، لأنه قد حنث وهم فى غير ملكه . ١٠

ولو قال « إذا كلمت فلانا فكل مملوك لى[6] يوم أكلمه حر » ثم اشترى رقيقا ثم كلمه وهم عنده عتقوا . وكذلك لو قال « يوم أكلم فلانا فكل مملوك لى[7] حر » .

(١) قوله « قبل أن تموت » ساقط من .

(٢) وفى هـ « لم يأت » تصحيف .

(٣) قوله « عليهم » كذا فى هـ ، ز ، م ؛ وفى ع « عليه » .

(٤) وفى المختصر وشرحه للسرخسي : (ولو حلف بعتق كل مملوك له لا يكلم فلانا فانما يتناول هذا اللفظ الموجود فى ملكه حين حلف) فان بقى فى ملكه إلى وقت الكلام عتق ، وإلا فلا (فان لم يكن فى ملكه حين حلف مملوك لم ينعقد يمينه) .

(٥) وفى هـ « ولو » مكان « وإن » .

(٦) سقط حرف « لى » من هـ .

(٧) من قوله « يوم أكلمه ... » س ١١ ساقط من م .

و لو قال « إذا كلمت فلانا فكل مملوك أملكه حر » ثم ملك رقيقا ثم كلمه لم يعتقوا ، و لو ملك رقيقا بعد ما كلمه لم يعتقوا لأنه إنما ملكهم بعد كلامه فليس يعتق[1] إلا ما كان فى ملكه يوم حلف[2] .

و لو قال « إذا كلمت فلانا فكل مملوك لى حر » و له رقيق عبيد ٥ و إماء و مكاتبون و مدبرون و أمهات أولاد له ثم كلمه عتق هؤلاء كلهم ، غير المكاتبين فانهم لا يعتقون . و إن قال « عنيت الرجال دون النساء » فانه يصدق فيما بينه و بين الله تعالى ، و لا يصدق فى القضاء . و لو قال « لم أعن المدبر فى ذلك » لم يدين فيما بينه و بين الله تعالى و لا يصدق فى القضاء ، و لو لم يكن له نية لم يعتق مكاتبوه فى قول ١٠ أبى حنيفة و أبى يوسف و محمد[3] .

و لو قال « كل مملوك أشتريه حر[4] يوم أكلم فلانا » ثم اشترى رقيقا ثم كلم فلانا ثم اشترى آخرين بعد أولئك عتق الأولون الذين اشتراهم قبل كلام فلان ، و لم يعتق الذين اشتراهم بعد كلام فلان[5] .

(١) و فى ه « يعتق » و فى م هو غير منقوط .

(٢) لم تذكر هذه المسألة فى المختصر .

(٣) لم يذكر الحاكم الشهيد هذه المسألة أيضا فى مختصره .

(٤) سقط لفظ « حر » من ه .

(٥) لأن قوله « كل مملوك أشترية » شرط ، و قوله « فهو حر يوم أكلم فلانا » جزاء ، لما بينا أن الجزاء ما يتعقب حرف الجزاء ، فانما جعل الجزاء عتقا معلقا بالكلام و هذا يتحقق فى الذين اشتراهم قبل الكلام ، و لو تناول كلامه الذين اشتراهم بعد الكلام لعتقوا بنفس الشراء فلم يكن هذا هو الجزاء الذى علقه بالشراء - اه ١٠ قاله السرخسى فى شرح المسألة من شرح المختصر ص ٨ .

ألا ترى

ألا ترى أنه إنما وقع العتق على الأولين ! و كذلك الطلاق فى جميع ما ذكرت فى هذه الأيمان فهو فى وقوعه و العتق سوآء .

و إذا حلف الرجل بعتق عبده إن لم يكلم فلانا فمات الحالف و لم يكلمه و لا مال له غير العبد فان العبد يعتق . و يسعى فى ثلثى قيمته لأن العتق وقع عند الموت . و لو مات المحلوف عليه و بقى الحالف ٥ عتق العبد و لم يسع فى شيء[1] .

و لو قال رجل لامرأته « أنت طالق ثلاثا إن كلمت فلانا » ثم طلقها واحدة بائنة[2] ثم كلمت فلانا ، فان كلمته و هى فى عدتها وقع عليها ثلاث تطليقات ، و إن كلمته بعد ما انقضت العدة لم يقع عليها شيء .

و إذا قال الرجل لامرأته « إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ١٠ إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق » فقد حلف بطلاقها فى المرة الثانية فيقع عليها التطليقة الأولى[3] . و إن[4] قال « إذا حلفت بطلاقك فعبدى حر »

---

(١) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ج ٩ ص ٨ : (و إن حلف بعتق عبده إن لم يكلم فلانا فمات الحالف عتق العبد من ثلثه) لأن شرط حنثه فوت الكلام فى حياته و ذلك يتحقق عند موته ، فكان هذا بمنزلة العتق فى المرض فيعتبر من ثلثه (و إن مات المحلوف عليه و بقى الحالف عتق العبد) لفوات شرط البر و هو الكلام مع فلان فان الميت لا يكلم فان المقصود من الكلام الإفهام و ذلك لا يحصل بعد الموت ـ اه ص ٩ .

(٢) و فى هـ « ثانية » تصحيف .

(٣) هذه المسائل لم تذكر فى المختصر .

(٤) و فى هـ ، ز « و إذا » .

و قال لعبده « إذا حلفت بعتقك فامرأتى طالق » فقد حلف بطلاق امرأته و قد يقع العتق على عبده[1] .

و إذا حلف الرجل لا يطلق امرأته و لم يكن[2] له نية فأمر رجلا فطلقها أو جعل أمرها فى يديها[3] فطلقت نفسها أو خلعها أو قال لها « أنت منى بائن »

٥ ينوى الطلاق فهذا طلاق كله يقع به الحنث . فان كان حين حلف ينوى أن لا يكلم بالطلاق بلسانه لا ينوى إلا ذلك فأمر رجلا فطلقها أو جعل أمرها إليها فطلقت نفسها[4] فانه لا يقع عليه الحنث فيما بينه و بين الله تعالى .

و إذا حلف الرجل لا يعتق عبده فأمر[5] رجلا فأعتقه أو قال « أنت حر إن فعلت كذا و كذا » ففعل ذلك فان العبد يعتق و يقع

١٠ الحنث على مولاه ، لأنه هو أعتقه حيث قال ما قال[6] . و كذلك لو حلف

---

(١) هذه المسائل لم تذكر فى المختصر .

(٢) و فى ز « و لم تكن » و هو فى ه غير منقوط .

(٣) و فى ه « يدها » .

(٤) سقط قوله « فطلقت نفسها » من ه .

(٥) و فى ه « فأمره » تحريف .

(٦) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ٩ : (و إن حلف لا يطلق امرأته فأمر رجلا فطلقها أو جعل أمرها بيدها فطلقت نفسها حنث) لأن الموقع للطلاق هو الزوج و لكن بعبارة الوكيل أو بعبارتها ، و حقوق العقد فى الطلاق لا تتعلق بالعاقد بل هو معبر عن الآمر ، فكأنه طلقها بنفسه (إلا أن يكون نوى أن يتكلم به بلسانه فحينئذ يدين فيما بينه و بين الله تعالى) ولا يدين فى القضاء لأنه نوى التخصيص ، و لأن الظاهر أن مقصوده أن لا يفارقها . و يحتمل أن يكون مقصوده أن لا يتكلم بطلاقها ، و لكن القاضى مأمور باتباع الظاهر ، والله تعالى =

أن لا يطلق امرأته ثم قال « أنتِ طالق إن دخلتِ الدار » فدخلت الدار وقع[1] الطلاق عليها و وقع عليه الحنث . و لو قال « إن دخلت الدار فأنت طالق » ثم حلف بالله أن لا يطلقها ثم دخلت الدار وقع عليها الطلاق . و لا يقع على زوجها الحنث فى القضاء لأنه لم يجعلها طالقا[2] بعد ما حلف ، إنما جعلها قبل أن يحلف .   ٥

و لو حلف لا يبيع عبدا و لا متاعا و لا نية له فأمر غيره فباعه لم يحنث ، لأن الذى باعه هو البائع . و كذلك لو حلف لا يشترى متاعا أو عبدا فأمر غيره فاشترى له . ألا ترى أن الخصم فى هذا إذا وجد عيبا المشترى و ليس الآمر من الخصومة فى شيء . و كذلك إذا أمره

= مطلع على ما فى ضميره ، و لهذا لو خلعها و قال « أنت بائن » حنث لأن ما منع نفسه منه و قصده بيمينه قد أتى به ، و لو آلى منها فمضت المدة بانت و حنث فى يمينه فى قول أبى يوسف ، لأن الإيلاء طلاق مؤجل فعند مضى المدة يقع الطلاق و يكون مضافا إلى الزوج ، و عند زفر لا يحنث لأن الطلاق إنما وقع حكما باعتبار دفع الضرر عنها فلا يكون شرط الحنث موجودا ، و على هذا لو كان الزوج عنينا ففرق القاضى بينهما بعد مضى المدة لم يحنث فى قول زفر ، و عن أبى يوسف هنا روايتان ، فى إحداهما سوى بين هذا و بين الإيلاء لأن القاضى نائب عن الزوج فى الطلاق شرعا بعد مضى المدة ، و فى الأخرى فرق بينهما ، فقال هنا لم يوجد من الزوج معنى يصير به مباشرا للطلاق و ذلك شرط حنثه (و العتق قياس الطلاق) لأن الحقوق فيه تتعلق بمن وقع له دون من باشره – اه

(١) و فى ه « و وقع » تحريف .

(٢) و فى م « طلاقا » تصحيف .

فباعه فالخصومة للبائع[1].

ولو حلف لا يتزوج امرأة فأمر غيره فزوجه حنث[2]، لأنه قد تزوج. ألا ترى أنك تقول: تزوج فلان للزوج، و لا تستطيع[3] أن تنسب[4] ذلك

(١) وفى المختصر وشرحه للسرخسى ج ٩ ص ٩ (فأما إذا حلف لا يبيع ولا يشترى فأمر غيره ففعل ذلك لم يحنث) لأن حقوق العقد فى البيع و الشراء تتعلق بالعاقد، و العاقد لغيره بمنزلة العاقد لنفسه فيما يرجع إلى حقوق العقد فلا يصير الحالف بفعل الوكيل عاقدا (إلا أن يكون نوى أن لا يأمر غيره) فحينئذ قد شدد الأمر على نفسه بنيته، وكذلك إن كان الحالف ممن لا يباشر البيع و الشراء بنفسه لأن اليمين تتقيد بما عرف من مقصود الحالف - اه.

(٢) وفى شرح المختصر للسرخسى ص ٩ : لأن حقوق العقد فى النكاح تتعلق بالآمر دون العاقد، ولأن الوكيل لا يضيف العقد إلى نفسه، وإنما يضيف إلى المؤكل فكان بمنزلة الرسول، وكذلك إن زوجه بغير أمره فأجاز بالقول حنث، لأن الإجازة فى الانتهاء كالأول فى الابتداء، وعن محمد: لا يحنث، لأن فى أصل العقد العاقد ليس بمعبر عنه إذا لم يكن مأمورا به من جهته، و الإجازة ليست بعقد، ألا ترى أن ما هو شرط النكاح وهو الشهود لا يشترط عند الإجازة فلهذا لا يحنث، وفى الإجازة بالفعل اختلاف المشايخ، قال رضى الله عنه: والأصح عندى أنه لا يحنث، لأن عقد النكاح يختص بالقول حتى لا ينعقد بالفعل بحال، ولا يمكن أن يجعل المجيز بالفعل عاقدا حقيقة ولا حكما، إنما يكون راضيا و شرط حنثه العقد دون الرضا - اه ص ١٠.

(٣) وفى هـ «لا يستطيع» وهو فى م غير منقوط.

(٤) وفى هـ «ينسب».

إلى

إلى الذى [١] خاطب عنه و زوجه [١]، و قد تقول: اشترى فلان لفلان متاعا أو عبدا، أو باع فلان لفلان عبدا أو متاعا.

و إذا حلف الرجل لا يشترى عبدا و هو ينوى أن لا يأمر غيره فيشترى له فأمر غيره فاشترى له حنث. لأنه قد نوى ذلك. [٢] و كذلك إذا حلف لا يبيع و هو ينوى أن لا يأمر غيره فباع فانه يحنث، لأنه قد نوى ذلك [٢].

و إذا قال الرجل كل امرأة يتزوجها [٣] إلى ثلاثين سنة طالق ثلاثا إن كلم فلانا. فكلم فلانا و قد تزوج امرأة قبل كلامه بعد الحلف و امرأة بعد كلامه فان الطلاق يقع عليهما جميعا، و يقع على كل شيء تزوج منذ حلف إلى أن تمضى هذه المدة. و لو كان قال «إن كلمت ١٠ فلانا فكل امرأة أتزوجها إلى ثلاثين سنة فهى طالق ثلاثا»، فتزوج امرأة بعد اليمين ثم كلمه لم يقع عليها الطلاق، [٤] وإن تزوج امرأة بعد الكلام إلى ثلاثين سنة وقع عليها الطلاق [٤]؛ و هذا مخالف للباب الأول، إنما يقع يمينه بعد الكلام، و الباب الأول يقع يمينه على ما تزوج [٥] منذ

(١ - ١) سقط قوله «خاطب عنه و زوجه» من م، زاد فى ه، م بعده «عليه زوجه» و هو مكرر مع تصحيف عنه.

(٢ - ٢) من قوله «و كذلك إذا حلف ...» ساقط من ه.

(٣) و فى ه «تتزوجها» و فى م هو غير منقوط.

(٤ - ٤) من قوله «وإن تزوج ...» ساقط من ه.

(٥) سقط قوله «على ما تزوج» من ه.

حلف[1] إلى ثلاثين سنة بعد الكلام و قبل[2].

و لو قال « إن كلمت فلانا فكل امرأة أتزوجها طالق ثلاثا » كان كما قال، و لا يقع على ما تزوج قبل كلامه، و إن كان قدّم الحلف ثم كلم فلانا وقع الطلاق، و لو تزوج قبل الكلام لم يقع الطلاق.

٥　و كذلك العتاق فى هذا كله. و كل امرأة تزوجها قبل الحلف فى جميع ذلك لم [3]يقع عليها شيء، إنما[3] يقع على ما يتزوج[4] بعد كلامه إذا بدأ[5] فقال « إن كلمت فلانا »[6].

و لو قال « كل امرأة أتزوجها طالق ثلاثا إن كلمت فلانا » فتزوج بعد اليمين و الكلام: حنث، و لا يحنث فيما سوى ذلك. و كذلك العتق.

---

(١) و فى ع « خلق » مكان « حلف ».

(٢) و فى م « قيل » بالياء التحتانية المثناة تصحيف.

(٣ ــ ٣) قوله « يقع عليها شيء إنما » ساقط من ه.

(٤) و فى ه « تزوج ».

(٥) و فى ه « ان بعد » مكان « إذا بدأ » تصحيف.

(٦) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (و إن قال « كل امرأة أتزوجها فهى طالق إن كلمت فلانا » فتزوج امرأة قبل الكلام و أخرى بعده تطلق التى تزوج قبل الكلام) خاصة لما بينا أن التزوج شرط و الطلاق جزاء معلق بالكلام و ذلك يتحقق فى التى تزوجها قبل الكلام دون التى يتزوجها بعد الكلام، لأنها لو طلقت بنفس التزوج و ذلك لم يكن جزاء شرطه، و فيه اختلاف زفر و قد بيناه فى الجامع، و بينا هناك الفرق بين ما إذا وقت يمينه فقال: إلى ثلاثين سنة، و بين ما إذا لم يوقت و بين ما إذا قدم الشرط أو أخر و قال « إن كلمت فلانا فكل امرأة أتزوجها فهى طالق » فانما تطلق بهذا اللفظ التى تزوجها بعد الكلام وقت يمينه أو لم يوقت ـ اه ص ١٠.

و إذا وقع الحنث فى امرأة فتزوجها زوج غيره و دخل بها ثم فارقها و انقضت عدتها ثم تزوجها الحالف لم يحنث فيها مرة أخرى و لا يقع عليها الطلاق[١].

و إذا حلف الرجل لا يبيع لرجل[٢] شيئا قد سمى بعينه فباعه لآخر[٣] طلب ذلك إليه لم يحنث. و كذلك لو حلف لا يشترى لفلان شيئا ٥ فأمره آخر فاشترى له و الآمر ينوى أنه لفلان المحلوف عليه فان الحالف لا يحنث[٤]، لأنه[٥] إنما اشتراه للذى أمره. و كذلك إن باع للذى أمره. و كذلك إن باع لنفسه أو اشترى لنفسه.

و إذا حلف الرجل لا يشترى عبدا بعينه فاشتراه هو و آخر ذلك العبد فانه لا يحنث. لأنه لم يشتره كله، إنما اشترى نصفه. ١٠

و إذا حلف رجل[٦] لا يهب لفلان هبة فتصدق عليه بصدقة لم يحنث.

---

(١) لم تذكر المسألة هذه فى المختصر.

(٢) سقط لفظ « لرجل » من ه.

(٣) و فى م « الاخر » تصحيف.

(٤) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (و إذا حلف لا يبيع لرجل شيئا قد سماه بعينه فباعه لآخر طلبه إليه لم يحنث، و كذلك الشراء) لأن معنى قوله: لا أبيع لفلان ـ أى لأجل فلان، و ما باع لأجله حين أمره به غيره، و إنما باعه لأجل من أمره به، بخلاف ما لو قال: لا أبيع ثوبا لفلان، لأن معنى هذا الكلام: لا أبيع ثوبا هو مملوك لفلان، و قد وجد ذلك و إن أمره به غيره، و إيضاح هذا الفرق فى الجامع ـ اه ص ١٠.

(٥) سقط لفظ « لأنه » من م.

(٦) و فى ه، م « الرجل ».

لأن الصدقة غير الهبة . ألا ترى أنه لا يرجع فى الصدقة . و لو حلف لا يهب له فوهب له هبة و لم يدفعها إليه و لم يقبض فان الحالف يحنث ، إلا أن يكون نوى[1] حين حلف هبة مقبوضة فلا يحنث حتى يكون[2] مقبوضة . و لو حلف لا يهب له هبة فوهب له هبة غير مقسومة[3]
٥ و ليست له نية حنث لأنها هبة .

و كذلك لو أعمره عمرى و قبضها أو نحله نحلى و قبضه أو أعطاه عطية فقبضها حنث ، و كان هذا كله هبة . و لو وهب له شيئا فأرسل به مع غيره حنث[4] .

(١) سقط لفظ « نوى » من هـ .
(٢) و فى هـ ، م « تكون » .
(٣) و فى هـ ، م « مقبوضة » .
(٤) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٠ : (و إن حلف لا يهب لفلان هبة فوهب و لم يقبل فلان أو قبل و لم يقبض فهو حانث) عندنا ، و قال زفر : لا يحنث لأن الهبة عقد تمليك كالبيع و فى البيع لا يحنث ما لم يقبل المشترى ، لأن الملك لا يحصل قبل قبوله ، فكذلك فى الهبة ، و لهذا قال زفر فى البيع : لو باعه بيعا فاسدا لم يحنث حتى يقبضه المشترى ، و لكنا نقول : الهبة تبرع و ذلك يتم فى جانب المتبرع بفعله لأنه إيجاب لا يقابله استيجاب ، و الدليل عليه العرف فان الرجل يقول : وهبت لفلان فرد هبتى ، و أهديت إليه فرد على هديتى ، و كذلك كل عقد هو تبرع كالصدقة و القرض حتى لو حلف لا يقرض فلانا شيئا فأقرضه و لم يقبل حنث ، إلا فى رواية عن أبى يوسف قال : فى القرض لا يحنث كما فى البيع فان القرض عقد ضمان فانه يوجب ضمان المثل على المستقرض وذلك لا يحصل إلا بقبضه . وعلى هذه الرواية يفرق أبو يوسف بين هذا وبين ما إذا حلف لا يستقرض فانه يحنث إذا طلب القرض من آخر ولم يقرضه فان =

و إذا

و إذا حلف الرجل ليضربن مملوكه فلانا أو حلف لا يضربه فأمر غيره فضربه و لم يكن[1] له نية أن يضربه بيده و لا يأمر به فانه قد ضربه حيث أمر به. ألا ترى أن رجلا لو حلف ليخيطن هذا الثوب فأمر به فخيط، أو ليبنين هذه[2] الدار فأمر بها فبنيت كان قد برّ فى يمينه! إلا أن يكون عنى ليفعلن ذلك بيده. ألا ترى أنه يقول ٥ «قد بنيت داري»، و لم يبنها هو إنما بناها غيره.

و كذلك لو حلف على شيء ليفعلنه مما يحسن فيه إذا أمر به غيره ففعله أن يقول «قد فعلت كذا وكذا[3]». فان[4] كان عملا لا يحسن به أن يقول «قد فعلت كذا وكذا[5]»، فذلك[6] إنما فعله غيره فهذا لا يقع

= السين فى قوله «استقرضت» لمعنى السؤال فانما شرط حنثه طلب القرض و قد وجد، و كذلك لو حلف لا يكسوه أو لا يحمله على الدابة، لأن هذا من العقود التى لا تتعلق الحقوق فيها بالعاقد، ألا ترى أنه يقال: كسا الأمير فلانا، و إنما أمر غيره به - اه ص ١١.

(١) و فى ز «لم تكن».

(٢) و فى م «هذا».

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (و إن حلف ليضربن عبده أو ليخيطن ثوبه أو ليبنين داره فأمر غيره ففعل: بر فى يمينه) لأنه هو الفاعل لذلك و إن أمر غيره به، فان فى العرف يقال: بنى فلان دارا، أو خاط فلان ثوبا - على معنى أنه أمر غيره به و إن لم يكن هو بناء ولا خياطا (إلا أن يكون عنى أن يبنيه بيده) فحينئذ المنوى حقيقة فعله و فيه تشديد عليه (وكذلك كل شيء يحسن فيه أن يقول «فعلته» و قد فعل وكيله) - اه ص ١١.

(٤) و فى ز «فاذا» مكان «فان».

(٥) من قوله «فان كان عملا» ساقط من م.

(٦) سقط لفظ «فذلك» من هـ.

اليمين، إلا أن يفعله هو بنفسه .

و إذا حلف ليضربن عبده فأمر به فضرب[1] فقد بر . و لو حلف لا يضربه فأمر به فضرب حنث إذا لم يكن[2] له نية فى ذلك . و لو حلف بذلك على رجل حر لا يملكه لم يحنث حتى يضربه بيده. و لا يشبه ٥ العبد فى هذا الحر . و كذلك السلطان لو حلف لا يضرب رجلا و لا نية له فأمر به فضرب حنث؛ ألا ترى أنك تقول: ضرب الأمير اليوم فلانا، و ضرب القاضى اليوم فلانا حدا! و لو كان نوى حين حلف أن يضربه بيده لم يحنث حتى يضربه بيده، و هو يدين فى القضاء[3] - و الله أعلم .

باب الكفارة فى اليمين[4] فى الخدمة

١٠ و إذا حلف الرجل لا يستخدم خادما قد كانت تخدمه و لا نية له

(١) و فى هـ « فضربه » .

(٢) و فى ز « لم تكن » و هو فى م غير منقوط .

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (و لو حلف على حر ليضربنه فأمر غيره فضربه لم يبر حتى يضربه بيده) لأنه لا ولاية له على حر فلا يعتبر أمره فيه، ألا ترى أنه لا يثبت للضارب حل الضرب باعتبار أمره! بخلاف العبد فانه مملوك له عليه ولاية فأمره غيره بضربه معتبر، ألا ترى أن الضارب يستفيد به حل الضرب! و لأن العادة الظاهرة أن الإنسان يترفع من ضرب عبده بيده و إنما يأمر به غيره، فعرفنا أن ذلك مقصوده، ولا يوجد مثله فى حق الحر (إلا أن يكون الحالف السلطان أو القاضى فحينئذ يبر إذا أمر غيره بضربه) لأنه لا يباشر الضرب بنفسه عادة، و ضرب الغير بأمره يضاف إليه فيقال: الأمير اليوم ضرب فلانا، و ضرب القاضى فلانا الحد (إلا أن ينوى أن يضربه بيده) فحينئذ نوى حقيقة كلامه فتعمل نيته (و يدين فى القضاء) والله تعالى أعلم بالصواب - هـ ص ١١ .

(٤) سقط لفظ « فى اليمين » من هـ .

فجعلت الخادم تخدمه من غير أن يأمرها حنث، لأنه قد استخدمها إذا كانت تخدمه على حالها التى كانت عليه حين حلف[1].

و لو حلف على خادم لا يملكها أن لا يستخدمها فخدمته بغير أمره لم يحنث[2]، لأن خادمه فى هذا و[3] خادم غيره مختلف، لأن خادمه إنما وضعه فى بيته لخدمته، فاذا تركه على ذلك الأمر يخدمه، ٥ فهو خادمه و خادم غيره، إذا لم يأمره هو بالخدمة لم يحنث.

و لو حلف رجل «[4] لا تخدمنى فلانة» فخدمته بأمره أو بغير أمره خادمه كانت أو خادم غيره فانه يحنث. و كل شيء من عمل بيته فانه خدمته[5].

---

(١) قال السرخسى فى شرح المختصر: فانه إنما اشتراها للخدمة، فما دام مستديما للملك فيها فهو دليل استخدامه. و لأنها كانت تخدمه قبل اليمين باستخدام كان منه فاذا جعلت تخدمه على حالها و لم ينهها فهو مستخدم لها بما سبق منه، حتى لو أبانها ثم خدمته لم يحنث لأنه بالنهى قد انقطع حكم الاستخدام السابق، و لأن إدامة الملك دليل الاستخدام ولامعتبر بالفعل بعد التصريح بخلافه - اه ص ١٢.

(٢) قال السرخسى فى شرح المسألة من شرح مختصر الحاكم: لانعدام الاستخدام صريحا و دلالة، فانه ليس بمالك ليكون طالبا خدمتها باستدامة ذلك الملك أو ليجعل الاستخدام السابق باعتباره قائما، و إن كان حلف أن لاتخدمه حنث لأنه عقد اليمين على فعل الخادم وقد تحقق منه ذلك (سواء كان بأمره أو بغير أمره) بخلاف الأول فانه عقد اليمين على فعل نفسه لأن الاستخدام طلب الخدمة - اه ص ١٢.

(٣) و فى ز «او» مكان الواو، و ليس بشيء.

(٤) سقط لفظ «رجل» من م.

(٥) لأن الإنسان إنما يتخذ الخادم لذلك - قاله السرخسى فى شرح المسألة ص ١٢.

و إذا حلف الرجل لا « أستخدم خادما لفلان » و لا نية له فسألها وضوءا أو شرابا كان قد استخدمها و حنث فى يمينه . و كذلك لو أشار إليها أو أومأ إليها [١] بخدمته لخدمته [٢] .

و لو حلف لا يستعين بخادم لفلان فأشار إليها بوضوء أو بشراب ٥ أو أومأ إليها أو سألها ذلك بكلام و لم يكن [٣] له نية حين حلف كان قد استعان بها و وجب عليه الحنث أعانته أو لم تعنه ، إلا أن يكون نوى حين [٤] حلف أن يستعينها فتعينه [٥] فلا يحنث حتى تعينه [٦] .

و لو حلف « لا تخدمنى [٧] خادم لفلان » و لا نية له فاشترى من فلان خادما لخدمته [٨] لم يحنث . و لو باع فلان الحالف من فلان المحلوف

---

(١) سقط قوله « او أومأ إليها » من هـ .

(٢) و فى شرح المختصر للسرخسى : لأن الاستخدام بالإيماء و الإشارة ظاهر ممن ترفع من أن يخاطب خدمه بالكلام - اهـ .

(٣) وفى ز « لم تكن » .

(٤) سقط لفظ « حين » من هـ .

(٥) و فى هـ « ان يستعنها فتعنه » .

(٦) و فى المختصر و شرحه للسرخسى : (وكذلك لو حلف أن لا يستعين بها فأشار إليها بشىء من ذلك حنث إن أعانته أو لم تعنه) لأن الاستعانة طلب الإعانة و قد تحقق منه (إلا أن يكون نوى أن تفعله فلا يحنث حينئذ حتى تعينه) لأن المقصود هو الإعانة دون الاستعانة ، فاذا ذكر السبب و عنى به ما هو المقصود عملت نيته - اهـ ص ١٢ .

(٧) و فى هـ « يخدمنى » و هو فى م غير منقوط .

(٨) و فى هـ « خدمه » .

عليه

عليه خادما فخدمت الحالف بعد البيع حنث ، إنما يقع اليمين فى هذا على الحال التى تكون عليها الخادم يوم تخدم .

فان كانت لفلان المحلوف عليه يوم تخدم الحالف فانه يحنث ، و إن كانت لغير المحلوف عليه يوم تخدم الحالف فانه لا يحنث .

و إذا كان الحالف على مائدة مع قوم يطعمون و خادم المحلوف ٥ عليه تقوم[1] عليهم فى طعامهم و شرابهم كان الحالف قد حنث ، لأنها حيث خدمت[2] القوم وهو فيهم فقد خدمته[3]. و لو كان حين حلف لا يستخدم خادما لفلان فقامت عليهم فى هذه المنزلة و لم يستخدمها هو و لم يسألها شيئا لم يحنث ، و قوله « لا تخدمنى » و « لا استخدمها » يختلف . ١٠

و لو حلف أن « لا يخدمنى خادم فلان هذه » بعينها و هو يعنى ما دامت لفلان فباعها فخدمته لم يحنث . و إن لم يكن[4] له نية حين حلف

---

(١) و فى ه « يقول » تصحيف .
(٢) و فى ه « قد خدمت » .
(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ج ٩ ص ١٢ : (فاذا حلف لا يخدمه خادم فلان فجلس على مائدة مع قوم يطعمون و ذلك الخادم يقوم فى طعامهم و شرابهم حنث) لأنه قد خدم كل واحد منهم فوجد به شرط الحنث فى حق الحالف بدليل حديث أنس رضى الله عنه : كن جوارى عمر رضى الله عنه يخدمن الضيفان كاشفات الرؤس مضطربات الثدى (و إن كان حلف ان لا يستخدمها لم يحنث) لأنه عقد اليمين على فعل نفسه ولم يوجد منه حقيقة ولاحكما، لأنها غير محدثة اه . و سواء فى ذلك إذا استخدم غلاما أوجارية صغيرا كان أو كبيرا ، لأن اسم الخادم يتناولها ، و الاستخدام يتحقق منهما و هو متعارف أيضا فلهذا حنث فى ذلك كله - و الله أعلم بالصواب - اه .
(٤) و فى ز « لم تكن » و هو فى م غير منقوط .

بخدمته بعد ما باعها فلان فانه لا يحنث فى قول أبى حنيفة و هو قول أبى يوسف، و يحنث فى قول محمد. ألا ترى أنه لو قال «لا يخدمنى فلان مولى فلانة» فخدمه المولى بعد ما باع الجارية، أو حلف لا تخدمنى فلانة امرأة فلان فخدمته بعد ما طلقها ثلاثا وقع عليه الحنث.

٥ و لو حلف لا تخدمنى[1] خادم لفلان فخدمته خادم بين فلان و بين آخر لم يحنث، لأن الخادم ليست لفلان كلها. و كذلك لو كان فيها شقص لغير فلان قليلا كان[2] أو كثيرا فانه لا يحنث إذا خدمته.

و كذلك لو قال «كل مملوك لى أستخدمه فهو حر» و ليس له إلا رقيق بينه و بين آخر فاستخدم واحدا منهم لم يحنث و لم يدخل

١٠ عليه عتق. و لو قال «كل مملوك لى حر» لا يعتق أحد منهم، لأنه ليس له مملوك تام.

و إذا حلف الرجل لا يخدمه خادم لفلان و ليست له نية فى غلام و لا جارية فانه يحنث فى أى ذلك خدمه، لأن كل واحد منهما خادم، و الصغيرة التى تخدمهم و الكبيرة سواء فى ذلك كله[3].

١٥ باب اليمين[4] فى الركوب

و إذا حلف الرجل لا يركب دابة و ليست له نية فركب فرسا أو حمارا أو بغلا أو برذونا فانه يحنث. و كذلك إذا ركب غير ما سميت لك

(١) و فى ه «لا يخدمنى» و هو فى م مهمل.
(٢) سقط لفظ «كان» من ه.
(٣) سقط لفظ «كله» من م.
(٤) و فى ه «الأيمان» مكان «اليمين».

من الدواب فى القياس، و لكنى أدع القياس فى ذلك. فاذا ركب غير ما سميت لك من الدواب لم يحنث. و لو ركب بعيرا أو بختية[1] لم يحنث، إنما أضع هذا على معانى كلام الناس، إلا أن يكون نوى ذلك[2].

و إذا حلف الرجل لا يركب دابة و هو يعنى الخيل فركب حمارا ٥

(١) و فى ه «غتية» و الصواب «بختية» كما فى بقية الأصول.

(٢) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٢: (و إذا حلف لا يركب دابة فركب حمارا أو فرسا أو برذونا أو بغلا حنث، و كذلك إن ركب غيرها من الدواب) كالبعير و الفيل لأن اسم الدابة يتناوله حقيقة و عرفا، فان الدابة ما يدب على الأرض، قال تعالى "وما من دابة فى الأرض" الآية (و فى الاستحسان لا يحنث) لعلمنا أنه لم يرد التعميم فى كل ما يدب على الأرض، و قد وقع يمينه على فعل الركوب فيتناول ما يركب من الدواب فى غالب البلدان، و هو الخيل و البغال و الحمير، و قد تأيد ذلك بقوله تعالى "و الخيل و البغال و الحمير لتركبوها و زينة" و إنما ذكر الركوب فى هذه الأنواع الثلاثة، فأما فى الأنعام ذكر منفعة الأكل بقوله "و الأنعام خلقها لكم" و بأن كان يركب الفيل و البعير فى بعض الأوقات فذلك لا يدل على أن اليمين يتناوله، ألا ترى أن البقر و الجاموس يركب فى بعض المواضع ثم لا يفهم أحد من قول القائل: فلان ركب دابة البقر (إلا أن ينوى) جميع (ذلك) فيكون على ما نوى لأنه نوى حقيقة كلامه، و فيه تشديد عليه (و إن عنى الخيل وحده لم يدين فى الحكم) لأنه نوى التخصيص فى اللفظ العام - اه ص ١٣.

لم يحنث . و إذا حلف على ذلك بعتق أو طلاق دينته فيما بينه و بين الله تعالى . و لا أدينه فى القضاء .

و لو حلف أن لا[1] يركب فرسا فركب برذونا [2] أو حلف أن لا يركب برذونا فركب فرسا لم يحنث . و لو حلف لا يركب شيئا من الخيل فركب فرسا أو برذونا [2] أو فرسا فانه يحنث ، لأن اسم الخيل يجمعها ، و البراذين لا يجمعها[3] ، و الفرس لا يجمعها[4] .

و لو حلف أن لا يركب و هو ينوى الحمر و لم يسم دابة و لا غير ذلك لم يكن نيته[5] هذه بشىء . و إن ركب بغلا حنث أو فرسا[6] ، لأنه لم يقل « لا أركب دابة » إنما قال « لا أركب » و هذا لا يكون[7] فيه نية .

(١) و فى هـ « إلا » .

(٢ - ٢) من قوله « أو حلف . . . » س ٣ ساقط من هـ .

(٣) سقط قوله « و البراذين لا يجمعها » من ز .

(٤) سقط قوله « و الفرس لا يجمعها » من م . و فى المختصر و شرحه للسرخسى ج ٧ ص ١٣: (و إن حلف لا يركب شيئا من الخيل فركب فرسا أو برذونا حنث) لأن اسم الخيل يجمع الكل . قال الله تعالى " و من رباط الخيل " الآية ، و قال صلى الله عليه و سلم : الخيل معقود فى نواصيها الخير إلى يوم القيامة ؛ و لهذا يستحق الغازى السهم بالبرذون و الفرس جميعا .

(٥) و فى هـ « و لم نيته » و الصواب « و لم يكن نيته » .

(٦) كذا فى الأصول ، والأولى « و إن ركب بغلا او فرسا حنث » .

(٧) و فى ز « لا تكون » .

و لو

و لو حلف أن لا يركب دابة و هو راكب فمكث على حاله ساعة واقفا أو سائرا حنث، لأنه راكب بعد يمينه. فان نزل حين حلف لم يحنث[١].

و لوحلف لا يركب دابة فحمله إنسان على دابة و هو كاره لم يحنث[٢]، لأنه لم يركب، إنما حمل عليها. و إن كان هو أذن فى نفسه ٥ أو أمر بذلك فقد حنث.

و لو حلف أن لا يركب دابة فركب دابة بسرج أو باكاف أو عريانا فانه يحنث[٣].

و لو حلف أن لا يركب دابة لفلان فركب دابة لعبده لم يحنث إذا لم يكن[٤] له نية حين حلف، فان كان نوى حنث[٥]. ١٠

(١) لم يذكر الحاكم هذه المسألة فى مختصره.

(٢) لأنه عقد يمينه على فعله فى الركوب و هو ما ركبها بل حمل عليها مكره، ألا ترى أن الحمل يتحقق فيما يستحيل نسبة الفعل إليه كالجمادات ـ اه ما قاله السرخسى فى شرح المسألة ص ١٣.

(٣) لأنه ركبها، و الركوب بهذه الأوصاف معتاد ـ كذا قال السرخسى فى شرح المسألة.

(٤) و فى ه، ز «لم تكن».

(٥) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٣: (و إن حلف لا يركب دابة لفلان فركب دابة لعبده) ولا دين عليه (لم يحنث فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف إلا أن ينويها، و فى قول محمد هو حانث) لأنه عقد يمينه على دابة هى مملوكة لفلان، فان اللام دليل على الملك، وكسب العبد مملوك لمولاه، فيكون حانثا به وكونها فى يد =

وكذلك[1] لو حلف أن لا يدخل دارا لفلان فدخل دارا لعبده. وكذلك لو حلف أن لا يستخدم خادما لفلان فاستخدم خادما لعبده، وسواء إن كان عبدا ليس عليه دين أو عليه دين - وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف، وفيها قول آخر: إنه يحنث إذا فعل شيئا من هذا، لأن كل مال لعبده ٥ فهو للسيد وهو قول محمد.

وإذا حلف الرجل لا يركب دابة لفلان فركب دابة لمكاتبه أو لعبد قد أعتق نصفه وهو يسعى فى نصف قيمته لم يحنث. وكذلك

= عبده ككونها فى يد أجيره، وهما يقولان: عقد يمينه على دابة هى منسوبة إلى فلان، وهذه منسوبة إلى العبد حقيقة من حيث أنه اكتسبها، وعرفا من حيث أنه يقال: دابة عبد فلان، وشرعا فان النبى صلى الله عليه وسلم قال: من باع عبدا وله مال فقد أضاف المال إلى العبد؛ فلا يحنث به (إلا أن ينويه) وهو نظير ما تقدم فى قوله: لا أدخل دارا لفلان، أن المعتبر هو النسبة بالسكنى دون الملك فهذا مثله. ثم على قول أبى حنيفة إن كان على العبد دين يحيط بكسبه وبرقبته لم يحنث وإن نواها. لأن من أصله أن المولى لا يملك كسب عبده المديون؛ بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين فان هناك إذا نواها يحنث لأنه نوى إضافة الملك وهو مملوك له، وعند أبى يوسف سواء كان عليه دين أو لم يكن عليه دين. فان نواها يحنث لأن عنده استغراق كسب العبد بالدين لا يمنع ملك المولى، وعند محمد يحنث على كل حال، لأن المعتبر عنده إضافة الملك واستغراق كسب العبد بالدين يمنع ملك المولى ـ اه.

(١) سقط لفظ «كذلك» من ه.

لو حلف على خدمة عبد أو سكنى دار أو[1] لبس ثوب لفلان فلبس ثوبا لمكاتبه.

و إذا حلف الرجل لا يركب دابة لفلان فركب دابة لأم ولده أو لمدبره فهذا و العبد سواء[2]؛ القول فى هذا مثل القول فى العبد[3].

و إذا حلف الرجل لا يركب مركبا و لا ينوى شيئا فركب فى سفينة ٥ أو فى محمل أو دابة بسرج أو باكاف أو رحالة[4] فانه يحنث[5]، و ليس من هذا شيء إلا هو مركب.

و إذا حلف الرجل [6]أن لا يركب[6] هذه الدابة بعينها فنتجت بعد اليمين فركب ولدها لم يحنث، لأن ولدها غير ما حلف عليه.

و إذا حلف الرجل أن لا يركب بهذا[7] السرج فزاد فيه شيئا ١٠

---

(١) و فى ه «و» مكان «او».

(٢) و فى شرح السرخسى ص ١٤ (و إن ركب دابة لمكاتب فلان لم يحنث، و كذلك الدار و الثوب) لأنه إن اعتبر إضافة الملك فكسب المكاتب غير مملوك ما بقى مكاتبا، و إن اعتبر إضافة النسبة فهى منسوبة إلى المكاتب دون المولى - اه.

(٣) و فى ه «العبيد».

(٤) كذا فى ه، و فى البقية «رحاله» بلا نقط. و الرحالة: السرج من جلود لا خشبة فيه، وجمعها رحائل.

(٥) لأنه ذكر المركب هنا، و كل هذا مركب، و المركب ما يركب، و من حيث العرف تسمى السفينة مركبا، و كذلك شرعا قال الله تعالى «يٰبني اركب معنا» و قال «اركبوا فيها» - اه ما قاله السرخسى فى شرح المسألة ص ١٤.

(٦-٦) و فى ه «لا يركب».

(٧) و فى ه «هذا».

أو نقص منه شيئا فركب فانه يحنث، لأنه ذلك[1] السرج بعينه. و لو بدل السرج بعينه و ترك اللبد و الصفة[2] ثم ركب به لم يحنث.

و إذا حلف الرجل أن لا يركب دابة لفلان فركب دابة بينه و بين آخر لم يحنث، لأنها ليست له[3] كلها.

٥ و إذا حلف الرجل بالله ما له مال و لا نية له[4] و ليس له مال إلا دين على رجل مفلس كان أو ملىء[5] فانه لا يحنث[6]. و كذلك

---

(١) و فى ه «لأن هذا» و فى م «لأن ذلك».

(٢) كذا فى م و المختصر، و سقط لفظ الصفة من البقية. و فى ه «البلد» مكان «اللبد» تصحيف - و زاد فى ه بعده «مفلسا كان أو مليا» و فى المختصر وشرحه للسرخسى: (ولو بدل السرج نفسه و ترك اللبد و الصفة لم يحنث) لأن اسم السرج للحنا اصل، و اللبد و الصفة وصف فيه، و المعتبر هو الأصل دون الوصف، وهذا لأن الذى يدعوه إلى اليمين ضيق السرج وسعته وذلك يتبدل بتبدل الحنا دون اللبد و الصفة - اه ص ١٤. قلت: و صفة السرج ما غشى به بين القربوسين وهما مقدمه و مؤخره - كذا فى المغرب ج ١ ص ٣٠٣. و فيه أيضا: حنو السرج اسم لكلا القربوسين المقدم و المؤخر، و الجمع: أحناء، و حناء خطأ - ج ١ ص ١٤٢.

(٣) سقط لفظ «له» من ه.

(٤) و فى الأصل «له مال» سهو الناسخ.

(٥) كذا فى الأصول. و الصواب «مفلسا كان أو مليا»؛ و الملىء على ما فى المغرب: الغنى المقتدر ج ٢ ص ١٨٨. والمفلس - على صيغة المفعول من باب التفعيل الذى حكم القاضى عليه بأنه معدم ليس له مال.

(٦) لأن الدين ليس بمال حقيقة، فالمال ما يتمول، و تمول ما فى الذمة —

لو

لو كان رجلا قد غصبه[1] ماله فاستهلكه فأقر له به أو جحده و هو قائم بعينه فهو سواء[2] . و إن كان له مال عند عبده فعرفه فانه يحنث . وكذلك لو كان عنده فضة أو ذهب قليلا كان أو كثيرا ، و إن لم يكن

= لا يتحقق ، و المال ما يتوصل به إلى قضاء الحوائج ، و ما فى الذمة باعتبار عينه غير صالح لذلك بل باعتبار مآله و هو بالقبض و المقبوض عين ـ اه ما قاله السرخسى فى شرح المسألة ص ١٤ .

(١) و فى ه «غصب» .

(٢) و فى المختصر وشرحه للسرخسى ص ١٤ : (وكذلك إن كان رجل قد غصبه مالا فاستهلكه وأقر به أو جحده وهو قائم بعينه) لم يحنث أما إذا استهلكه فقد صار دينا فى ذمته ، و أما إذا كان قائما بعينه إذا كان جاحدا له فهو تاو فى حق الحالف ، ألا ترى أنه لا يلزمه الزكاة باعتباره و لا يحرم عليه الصدقة باعتباره ، و التاوى لا يمكن تموله فلا يعد ذلك مالا اه (و لو كانت له وديعة عند إنسان حنث) لأن الوديعة عين ماله و يد مودعه كيده ، ألا ترى أنه يتمكن من استردادها متى شاء ، و أنه تنفذ تصرفاته فيها مطلقا ؟ و لم يذكر المغصوب إذا كان قائما بعينه والغاصب مقر به ، قيل : هنا يحنث لأنه متمكن من استردادها بقوة السلطان لما كان الغاصب مقرا به و تصرفه فيه ينفذ ، فهو كالوديعة ؛ و قيل : لا يحنث لأن الغاصب إذا كان قاهرا فالظاهر أنه لا يتمكن من الاسترداد عنه و إن كان مقرا ، و فى العرف إذا صودر رجل يقال له قد افتقر و لم يبق له مال ، و إن كان من صادره مقرا وفى باب الأيمان العرف معتبر ـ اه ص ١٥ . قلت : ومسألة الوديعة لم تذكر هنا فى الأصل وهى موجودة فى المختصر ، فلعلها سقطت من الأصول التى عندنا ـ و الله أعلم .

عنده مال و لا نية له إلا الدين[1] الذى ذكرت لك و حلف حين حلف و هو ينوى الدين[1] فانه يحنث. و إن[2] لم يكن له دين و لا عين و له عروض من حيوان أو غير ذلك فحلف بالله ما له من مال و لا نية له: فانه لا يحنث[3]. و إنما اليمين فى هذا على الدنانير و الدراهم، و يقع على الذهب و الفضة ٥ و على كل مال غير ذلك للتجارة و ما كان تجب[4] فيه الزكاة من الإبل و الغنم و البقر. و لو كان حنطة أو شبه ذلك للتجارة كان هذا كله مالا و كان يحنث فى يمينه. و إن كان حين حلف نوى الذهب و الفضة خاصة لم يحنث فيما بينه و بين الله تعالى، و لا يدين فى القضاء[5].

و إذا حلف الرجل « بالله مالى[6] من مال » و ليس له مال و له

---

(١) و فى م « الذى » مكان « الدين » فى كلا الحرفين.

(٢) و فى ز « و لو » مكان « و ان ».

(٣) و فى المختصر « لم يحنث » و سقط حرف النفى من ه؛ و فى المختصر وشرحه للسرخسى: (و إن كان له عروض أو حيوان) غير السائمة (لم يحنث) و فى القياس يحنث، لأن ذلك مال، ألا ترى أن الوصية تتناول ذلك كله (ولكنه استحسن فقال: ليس ذلك بمال شرعا و عرفا) حتى لا تجب الزكاة فيها و لا يعد صاحبها متمولا بها، و الأيمان مبنية على العرف و العادة - اه ص ١٥.

(٤) و فى ه « يجب » و هو فى م مهمل.

(٥) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٥: (و إن نوى الفضة و الذهب خاصة لم يدين فى القضاء) لأنه نوى التخصيص فى العام - اه.

(٦) و فى ه « ماله » مكان « مالى ».

عبد له مال و على عبده دين او ليس عليه دين[١] فانه لا يحنث، إلا أن ينوى ذلك - و هو قول أبى حنيفة و أبى يوسف، و فيها قول آخر: إنه يحنث - و هو قول محمد. وكذلك المدبر و أم الولد، فأما المكاتب و العبد يسعى فى نصف قيمته فلا يكون[٢] ماله[٣] مال السيد[٤]، ... و الله أعلم[٥]. ٥

باب الأوقات فى اليمين[٦]

و إذا حلف الرجل ليعطين فلانا إذا صلى الظهر حقه فله وقت الظهر كله[٧] إلى آخر الوقت، و لكن ليعطيه قبل أن يخرج الوقت، فان خرج الوقت قبل أن يقضيه حنث. و كذلك إذا حلف ليعطينه رأس الشهر فله الليلة التى أهل فيها الهلال و يومه كله، فان غابت الشمس ١٠

(١) سقط قوله « أو ليس عليه دين » من ه.

(٢) و فى ه، م « و لا يكون ».

(٣) و فى ه « له » مكان « ماله ».

(٤) و فى المختصر و شرحه للسرخسي: (و إن لم يكن له مال و كان له عبد له مال لم يحنث فى قول أبى حنيفة و أبى يوسف، و يحنث فى قول محمد) و هذا و مسألة الدابة سواء، و الله سبحانه و تعالى أعلم بالصواب و إليه المرجع و المآب - اه ص ١٥.

(٥) زيد قوله « و الله أعلم » من م.

(٦) مسائل هذا الباب أكثرها مكررة، قد مضت قبل ذلك فى بعض أبواب الأيمان.

(٧) سقط لفظ « كله » من م.

قبل أن يعطيه حنث .

و إذا حلف ليعطينه طلوع الشمس فله من حين تطلع الشمس[١] إلى أن ترتفع و تبيض .

و إذا حلف ليعطينه رأس الشهر أو عند رأس الشهر أو[٢] عند طلوع ٥ الشمس أو عند صلاة الظهر فهذا كله و الأول سواء . وكذلك ليعطينه حين تطلع الشمس[٣] .

و إذا حلف ليعطينه كل شهر درهما و لا نية له و قد حلف فى أول الشهر فان ذلك الشهر الذى حلف فيه فى يمينه ، فينبغى له أن يعطيه فى كل شهر قبل أن يخرج درهما . و كذلك إذا حلف ليعطينه ١٠ كل شهر[٤] أو كل سنة . وكذلك لو كان فى آخر السنة أو فى آخر الشهر[٥] .

---

(١) لم يذكر لفظ « الشمس » فى ز .

(٢) و فى هـ « و » مكان « أو » .

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٥ : (و إذا حلف الرجل ليعطين فلانا حقه إذا صلى الأولى فله وقت الظهر إلى آخره) لأن المراد بذكر الصلاة الوقت ، و الأولى هى الظهر فى لسان الناس فلا يحنث ما لم يخرج وقت الظهر قبل أن يعطيه ــ اه .

(٤) و فى م « فى كل شهر » .

(٥) و فى المختصر وشرحه للسرخسى : (و إن حلف ليعطينه كل شهر درهما و لا نية له و قد حلف فى أول الشهر فهذا الشهر يدخل فى يمينه ، و ينبغى أن يعطيه فيه درهما قبل أن يخرج) و كذلك لو حلف فى آخر الشهر ، ألا ترى أنه لو حلف ليعطينه فى الشهر كان عليه أن يعطيه قبل أن يهل الهلال ، سواء كان =

و لو أن رجلا كان عليه دين نجوما يعطيها فى انسلاخ[1] كل شهر فحلف ليعطينه النجوم فى كل شهر كان له ذلك الشهر الذى جعل فيه النجم حتى أخره يعطيه متى شاء[2] فيبر و لا يحنث[3].

و إذا حلف ليعطينه عاجلا و لا نية له[4] فالعاجل قبل أن يمضى الشهر فان مضى شهر حنث[5].

٥

و إذا حلف الرجل[6] ليعطينه فى أول الشهر الداخل و لا نية له

= فى أول الشهر أو آخره (وكذلك لو قال: فى كل شهر) لأن الشهر الذى فيه أقرب الشهور إليه، ألا ترى أنه لو قال «فى كل يوم» كان اليوم الذى حلف فيه داخلا فى الجملة! فكذلك إذا قال فى كل شهر.

(١) و فى هـ «يقطعها فى السلاخ» تحريف.

(٢) و فى م «متى ما شاء».

(٣) لأنه جعل شرط البر إعطاء كل نجم بعد حلوله فى الشهر، والشهر اسم لجزء من الزمان من حين يهل الهلال إلى أن يهل الهلال، فاذا أعطاه فى ذلك أو فى آخره فقد تم شرط بره ـ اهـ ما قال السرخسى فى شرح المسألة ص ١٥.

(٤) سقط لفظ «له» من هـ.

(٥) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (و لو حلف ليعطينه عاجلا و لا نية له فالعاجل قبل أن يمضى الشهر) لأن الآجال فى العادة تقدر بالشهور، وأدنى ذلك شهر، فما دونه فى حكم العاجل، وكذلك لو حلف لا يكلم فلانا عاجلا فان كان يعنى شيئا فهو على ما نوى، و إن لم يكن له نية فاذا كلمه بعد شهر لم يحنث، وكذلك إذا قال «مليا» فالمراد به البعيد، قال تعالى "واهجرنى مليا" وإن كان يعنى شيئا فهو على ما نوى و إلا كان على الشهر فصاعدا لأن البعيد و الآجل سواء ـ اهـ ص ١٦.

(٦) كذا فى ع، هـ؛ و سقط لفظ «الرجل» من م، ز.

فله أن يعطيه فيما بينه و بين أن يمضى أقل من النصف ، فاذا أعطاه فى ذلك بر ، و إن مضى النصف[1] قبل أن يعطيه حنث[2] .

و إذا حلف الرجل أن لا يعطى فلانا ما له عليه حينا و لا زمانا و ليست له نية فأعطاه قبل ستة أشهر فانه يحنث ، الحين عندنا و الزمان[3]
٥ ستة أشهر . بلغنا عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه سئل عن الحين فقال : يقول الله تعالى فى كتابه ﴿ تؤتي اكلها كل حين باذن ربها ﴾ فجعله ستة أشهر[4] .

---

(١) سقط لفظ « النصف » من ز .

(٢) و فى المختصر و شرحه للسرخسى : (و إن حلف ليعطينه فى أول الشهر الداخل فيه فله أن يعطيه قبل أن يمضى منه نصفه . و إن مضى منه نصفه قبل أن يعطيه حنث) لأن للشهر أولا و آخرا فأوله عند الإطلاق يتناول النصف الأول ، و الآخر منه يتناول النصف الآخر ، و على هذا روى عن أبى يوسف انه لو قال " و الله لا أكلمه آخر يوم من أول الشهر و أول يوم من آخر الشهر ، أن يمينه يتناول الخامس عشر و السادس عشر ـ اه ص ١٦ .

(٣) وفى هـ « و الزمان عندنا » .

(٤) أسند هذا البلاغ الإمام أبو جعفر الطبرى فى تفسيره ، فرواه عن محمد ابن بشار ثنا يحي قال ثنا سفيان عن طارق بن عبد الرحمن عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال : الحين ستة أشهر ـ اه ج ١٣ ص ١٢٣ فى تفسير سورة ابراهيم . و قال الإمام أبو بكر الرازى فى أحكام القرآن و روى سعيد بن جبير عن ابن عباس قال : هى النخلة تطعم فى كل ستة أشهر ، و كذا روى عن مجاهد و عامر و عكرمة ، قال : و روى القاسم بن عبد الله عن أبى حازم عن ابن عباس أنه سئل عن الحين فقال : تؤتى أكلها كل حين ستة أشهر ـ اه ج ٣ ص ١٨٢ ؛ قلت : =

= و روى الأقاويل المختلفة عن ابن عباس فى تأويل «الحين» ذكرها الإمام أبو بكر الرازى فى أحكام القرآن، وحمل كل قول على وقت مقدر، و ذكر أقاويله و جمعها، و ذكر محمول كل قول، قال أبو بكر: «الحين» اسم يقع على وقت مبهم، وجائز أن يراد به وقت مقدر، قال الله تعالى "فسبحان الله حين تمسون و حين تصبحون" ثم قال "و حين تظهرون" فهذا وقت صلاة الفجر و وقت الظهر و وقت المغرب على اختلاف فيه، لأنه قد أريد به فعل الصلاة المفروضة فى هذه الأوقات. فصار حين فى هذا الموضع اسما لأوقات هذه الصلوات، و يشبه أن يكون ابن عباس فى الرواية التى رويت عنه فى الحين أنه غدوة وعشية ذهب إلى معنى قوله تعالى "حين تمسون وحين تصبحون" و يطلق و يراد به أقصر الأوقات، كقوله تعالى "وسوف يعلمون حين يرون العذاب" و هذا على وقت الرؤية و هو وقت قصير غير ممتد، و يطلق و يراد به أربعون سنة لأنه روى فى تأويل قوله تعالى "هل اتى على الانسان حين من الدهر" أنه أراد أربعين سنة و السنة و الستة الأشهر و الثلاث عشرة سنة و الشهران، على ما ذكرنا من تأويل السلف للاية كله محتمل، فلما كان ذلك كذلك ثبت أن الحين اسم يقع على وقت مبهم و على أقصر الأوقات و على مدة معلومة بحسب قصد المتكلم، ثم قال أصحابنا فيمن حلف أن لا يتكلم فلانا حينا: إنه على ستة أشهر، وذلك لأنه معلوم أنه لم يرد به أقصر الأوقات، إذ كان هذا القدر من الأوقات لايحلف عليه فى العادة، و معلوم أنه لم يرد به أربعين سنة لأن من أراد الحلف على أربعين سنة حلف على التأبيد من غير توقيت، ثم كان قوله تعالى "تؤتى اكلها كل حين باذن ربها" مما اختلف السلف فيه على ما وصفنا كان أقصر الأوقات فيه ستة أشهر، لأن من حين الصرام إلى وقت أوان الطلع ستة أشهر، و هو أولى من اعتبار السنة لأن وقت الثمرة لا يمتد سنة بل ينقطع حتى لا يكون فيه شيء و إذا اعتبرنا ستة أشهر كان موافقا لظاهر اللفظ فى أنها تطعم ستة أشهر، وأما الشهران فلا معنى لاعتبار من اعتبرهما لأنه معلوم أن من وقت الصرام =

و الدهر في قول يعقوب و محمد ستة أشهر ، و لم يوقت أبو حنيفة فى الدهر شيئا ، و قال أبو حنيفة: لا أدرى[١] ما الدهر؟ و لم يوقت فيه شيئا[٢].

= إلى وقت خروج الطلع أكثر من شهرين ، فان اعتبر بقاء الثمرة شهرين فانا قد علمنا أن من وقت خروج الطلع إلى وقت الصرام أكثر من شهرين أيضا ، فلما بطل اعتبار السنة و اعتبار الشهرين بما وصفنا ثبت أن اعتبار الستة الأشهر أولى ـ اه ج ٣ ص ١٨٣ . و أما قول عكرمة وسعيد بن جبير بأن الحين ستة أشهر رواه عنهما ابن أبي شيبة فى مصنفه بسنده ، راجع ج ٢ ص ١٩٣ ؛ وروى البيهقى فى سننه من طريق البخارى عن ابن المنذر عن محمد بن معن عن محمد بن عبد الله بن حنين عن أبيه عن جده عن على رضى الله عنه قال: الحين ستة أشهر ـ اه ج ١٣ ص ١٢٣ ، و روى عن سعيد بن جبير نحوه .

(١) وفى ز « لم أدر » .

(٢) و فى المختصر: و لو حلف لا يعطيه حينا أو زمانا فهو على ستة أشهر، و كذلك الدهر فى قول أبى يوسف و محمد ، و قال أبو حنيفة : لا أدرى ما الدهر ، و إن حلف لا يكلمه الأيام فهو على عشرة أيام أيضا فى قول أبى حنيفة ، و هذا خلاف رواية الجامع الكبير . و قال أبو يوسف و محمد : هو على ثلاثة أيام ـ اه ق ٢٥١ /٢ . قال السرخسى فى شرحه ج ٩ ص ١٦ : (و الزمان فى هذا كالحين) لأنهما يستعملان استعمالا واحدا فان الرجل يقول لغيره « لم ألقك منذ حين ، لم ألقك منذ زمان » و يستوى إن كان ذكره معرفا بالألف و اللام أو منكرا ، لأن ستة أشهر لما صار معهودا فى الحين و الزمان فالمعرف ينصرف إلى المعهود (وكذلك الدهر فى قول أبى يوسف و محمد ، و قال أبو حنيفة : لا أدرى ما الدهر) من أصحابنا من يقول : هذا الاختلاف فيما إذا ذكره منكرا و قال " دهرا » فأما إذا ذكره معرفا فذلك على جميع العمر ، قال الله تعالى « حين من الدهر " جزء ، فيبعد أن يسوى بينهما فى التقدير ؛ ومنهم من قال : =

وكذلك لو حلف أن لا يكلم فلانا حينا فهو ستة أشهر إن لم يكن[1] له نية ، وإن نوى أكثر من ذلك أو أقل من ذلك فهو ما نوى .

وكذلك لو حلف أن لا يكلمه دهرا .

= إن الخلاف فى الكل واحد ، وهما يقولان : الدهر فى العرف يستعمل استعمال الحين والزمان، فان الرجل يقول لغيره « لم ألقك منذ دهر ، لم ألقك منذ حين » وفى ألفاظ اليمين المعتبر هو العرف ، وأبو حنيفة يقول : قد علمت بالنص أن الحين بعض الدهر، ولم أجد فى تقدير الدهر شيئا نصا ، ونصب المقادير بالرأى لا يكون ، وإنما يعتبر العرف فيما لم يرد نص بخلافه ؛ فلهذا توقف ولا عيب عليه فى ذلك . ألا ترى أن ابن عمر رضى الله عنهما لما سئل عن شىء فقال « لا أدرى » حين لا يحضره جواب ، ثم قال : طوبى لابن عمر سئل عما لا يدرى فقال : لا أدرى ! وقيل : إنما قال « لا أدرى » لأنه حفظ لسانه من الكلام فى معنى الدهر ، فقد جاء فى الحديث عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تسبوا الدهر فان الله هو الدهر » معناه أنه خالق الدهر ، وفى حديث آخر أن النبى عليه الصلاة والسلام قال فيما يؤثر عن ربه « استقرضت من عبدى فأبى أن يقرضنى وهو يسبنى ولا يدرى يسب الدهر ويقول : وا دهراه ! وإنما أنا الدهر » حديث فيه طول ، فلهذه الآثار الظاهرة حفظ لسانه وقال : لا أدرى ما الدهر ؛ وهو كما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام سئل عن خير البقاع فقال : لا أدرى حتى أسأل جبريل ؛ فسأل جبريل فقال : لا أدرى حتى أسأل ربى ؛ فصعد إلى السماء ثم نزل وقال : سألت ربى عن ذلك فقال : خير البقاع المساجد وخير أهلها من يكون أول الناس دخولا وآخرهم خروجا ؛ فعرفنا أن التوقف فى مثل هذا يكون من الكمال لا من النقصان ـ اهـ ص ١٧ .

(١) وفى ز « لم تكن » .

و كذلك لو حلف أن لا يكلمه الأيام و لا نية له فانه يترك كلامه عشرة أيام ، لأنها هى أيام[1] و لا يكون أكثر منها أياما . ألا ترى أنك إذا نسبتها إلى أكثر من عشرة قلت : كذا كذا[2] يوما . و قال أبو يوسف و محمد : الأيام سبعة أيام[3] ، و إذا حلف أن لا يكلمه أياما و هو ينوى ثلاثة أيام فهو كما نوى، و إن لم تكن[4] له نية فهو آخر ما يكون منه عشرة أيام . و هذا قول أبى حنيفة ، و قال أبو يوسف و محمد : إن لم يكن[5] له نية فهو ثلاثة أيام إلا أن ينوى أكثر من ذلك فهو كما نوى .

و إذا حلف الرجل ليعطينه غدا فى أول النهار و لا نية له كان موسعا عليه أن يعطيه فيما بينه و بين نصف النهار ، فان انتصف النهار قبل أن يعطيه حنث .

و إذا حلف الرجل ليعطينه مع حل المال أو حين يحل المال أو عند حل المال أو حيث يحل المال و لا نية له فهذا يعطيه ساعة يحل ، فان أخره أكثر من ذلك حنث[6]، و إذا حلف[7] لا يعطيه حتى يأذن له

(١) و فى ه « الأيام » .

(٢) و فى ز « كذا و كذا » .

(٣) لم يذكر لفظ « أيام » فى ه .

(٤) و فى ه ، م « لم يكن » .

(٥) و فى ز « لم تكن » .

(٦) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ١٧ : (و إن حلف ليعطينه مع حل المال وعند حله أو حين يحل أو حيث يحل ولا نية له فهذا يعطيه ساعة يحل ، فان أخره أكثر من ذلك حنث) لأن «مع» للضم و« عند » للقرب و« حين » فى مثل هذا الموضع يراد به الساعة عادة ، فكأنه حلف ليعطينه ساعة يحل فاذا أخره من ذلك حنث ـ اه ص ١٨ .

(٧) و فى ه « و لو حلف » .

فلان فمات[1] فلان قبل أن يأذن له أن يعطيه فانه لا يحنث فى قول أبى حنيفة و محمد. لأن فلانا إذنه قد انقطع. و يحنث فى قول أبى يوسف. و لو[2] كان حيا فأذن له و هو لا يسمع بالإذن و لا يعلم فأعطاه حنث، لأن الإذن لا يكون إلا بمحضر منه حيث يعلم بذلك. ألا ترى أنه لو قال «لا أعطيه حتى يأذن لى فلان» لم يكن له أن يعطيه حتى يأذن ٥ له معاينة أو يرسل إليه به ـ و هذا قول أبى حنيفة و محمد، و قال أبو يوسف إذا[3] أذن له حيث لا يعلم و لا يسمع فهو إذن. فأما إذا مات فلان قبل أن يأذن له فليس له أن يعطيه، فان أعطاه حنث.

و إذا حلف الرجل لا يضرب عبده أبدا و لا نية له فوجأه[4] بيده أو قرصه أو خنقه أو مد شعره أو عضه فأى هذا ما صنع به فهو ضرب ١٠ و هو حانث، لأن ما وصل إلى القلب من وجع فهو ضرب. و لو حلف ليضربنه ففعل به من هذا شىء[5] كان قد بر و كان هذا ضربا.

و إذا حلف الرجل ليضربن عبده مائة سوط و لا نية له فضربه

---

(١) و فى هـ «مات».

(٢) و فى م «و إن» مكان «و لو».

(٣) سقط لفظ «إذا» من م.

(٤) الوجأ: الضرب باليد أو بالسكين، يقال: وجأه فى عنقه، من باب منع ـ كذا فى المغرب ج ٢ ص ٢٤٠.

(٥) كذا فى الأصول «شىء» بالرفع، و الصواب أن يكون «شيئا» بالنصب، اللهم! إلا أن يكون فعل بناء للمفعول.

مائة سوط و خفف فانه يبر[١]، لأنه مائة سوط، و لو جمعها جماعة ثم ضربه بها لم يبر، لأنه لم يضربه مائة سوط، لأنها لم تقع به جميعا. و لو ضربه سوطا واحدا له شعبتان خمسين سوطا كل سوط منها يقع به الشعبتان[٢] جميعا كان قد بر. وكذلك لو جمع سوطين فضربه بهما جميعا ٥ وهما يقعان به جميعا بر[٣]. و لو ضربه مائة سوط فوق الثياب بر.

و لو حلف ليضربنه و لم يسم شيئا فبأى شىء ضربه به من يد أو رجل أو سوط أو غير ذلك فانه يبر[٤].

و لو حلف ليضربنه قبل الليل فمات الرجل قبل الليل لم يحنث، لأنه بقى من الوقت شىء. و لو حلف ليضربنه غدا فمات العبد قبل ١٠ غد لم يحنث، لأنه قد بقى من مدته التى وقت[٥] شىء لم يأت بعد فجاء ذلك الوقت و لا يقدر على أن يضربه - و هذا قول أبى حنيفة و محمد، و قال أبو يوسف: إذا وقت اليوم إلى الليل فمات العبد قبل الليل ولم يضربه فانه يحنث إذا جاء الليل. و لو حلف أن يضربه فأمر به

---

(١) لأن شرط بره أصل الضرب دون نهايته، و الخفيف كالضرب الشديد. ومطلق الاسم لايتناول نهاية الشىء - اه ما قاله السرخسى فى شرح المسألة من شرح المختصر ١٨.

(٢) و فى م «الشعبتان به».

(٣) سقط لفظ «بر» من الأصل، موجود فى بقية النسخ.

(٤) من قوله «و لو حلف ليضربنه ...» ساقط من ه.

(٥) و فى ز «قد وقت».

فضرب بر، لأن الرجل قد يقول «ضربت غلامى»، و إنما أمر به فضرب، و يقول «قد ضرب اليوم الأمير[1] رجلا»، و إنما أمر به فضرب، [2] و يقول «قد ضرب القاضى اليوم رجلا»، و إنما أمر به فضرب[2].

و لو حلف لا يضربه و لا نية له فأمر به فضرب كان قد حنث، و كانت عليه الكفارة، إلا أن يكون عنى حين حلف أن يضربه بيده ٥ فلا يحنث إذا كان على ذلك. و كل شىء فعل من خياطة أو صباغة[3] أو عمل شبه ذلك حلف عليه الرجل أن لا يفعله[4] فأمر به ففعل: فانه يحنث، لأنه بمنزلة فعله، إلا أن يكون نوى فى يمينه أن يفعله بنفسه، فان حلف على ذلك فأمر به غيره ففعله لم يحنث.

باب البشارة ١٠

و إذا حلف الرجل «أى غلمانى بشرنى بكذا و كذا فهو حر» فبشره واحد بذلك ثم جاء آخر فبشره فالأول حر، و لا يعتق الثانى لأن الأول هو البشير، و لو بشروه معا جميعا عتقوا. و لو بعث إليه غلام من غلمانه مع رجل بالبشارة فقال «إن غلامك يبشرك بكذا و كذا»، فان العبد يعتق، لأنه قد بشره، ألا ترى إلى قول الله تعالى فى ١٥ كتابه ﴿و بشروه بغلام عليم﴾ و إنما أرسل إليه بذلك؛ و قوله تعالى

---

(١) و فى ه، ز «الأمير اليوم».

(٢-٢) من قوله «و يقول قد ضرب» ساقط من م.

(٣) و فى م «صناعة».

(٤) و فى ه «إلا أن يفعله».

﴿ إن الله يبشرك بكلمة منه ﴾ فهذه بشارة . و كذلك لو كتب إليه كتابا .

و إن كان حين حلف نوى أن يشافهه مشافهة[1] أو يكلمه به كلاما لم يعتق .

٥ و إذا[2] حلف الرجل فقال « أي[3] غلام لي أخبرني بكذا كذا[4] أو أعلمني بكذا كذا[4] فهو حر » و لا نية له فأخبره غلام له بذلك بكتاب أو بكلام أو برسول قال « إن فلانا يقول لك كذا كذا » فان الغلام يعتق . لأن[5] هذا خبر . و إن أخبره بعد ذلك غلام آخر عتق لأنه قد قال « أي غلام لي أخبرني فهو حر » ، فان أخبروه جميعا كلهم

١٠ عتقوا جميعا و إن كان عنى حين حلف الخبر بكلام مشافهة لم يعتق أحد منهم إلا أن يخبروه بكلام مشافهة بذلك الخبر[6] .

---

(١) سقط لفظ « مشافهة » من ه .

(٢) و في ه « انما » مكان « إذا » تصحيف .

(٣) و في ه « ان » مكان « أي » تصحيف .

(٤) و في ه ، م « بكذا و كذا » .

(٥) و في ه « لا ان » مكان « لأن » تحريف .

(٦) و في المختصر و شرحه للسرخسي ص ١٨ : (وإذا قال : أي غلماني بشرني بكذا فهو حر ؛ فبشره بذلك واحد ثم آخر عتق الأول دون الثاني ، لأن الأول بشير والثاني مخبر) فان البشير من يخبره بما غاب عنه علمه فتتغير عند سماعه بشرة وجهه ، وإنما وجد هذا من الأول دون الثاني (وإن بشروه معا عتقوا) لأن كل واحد منهم أخبره بما غاب عنه علمه . فالعلم بالمخبر به يتعقب الخبر ولا يقترن به ، =

و إذا قال « أى غلمانى حدثنى » فهذا على المشافهة[1]، لا يعتق أحد منهم[2] .

و إذا حلف الرجل للرجل لئن علم بمكان فلان ليخبرنك به ثم علم به الحالف و المحلوف له فلا بد من أن يخبره به و إن علما بأنه

= والدليل على أن البشارة تتحقق من الجماعة قوله تعالى " وبشروه بغلام عليم" (ولو بعث أحد غلمانه مع رجل بالبشارة فقال: إن غلامك يبشرك بكذا؛ عتق) لأن عبارة الرسول كعبارة المرسل فالبشير هو المرسل، و الرسول مبلغ، قال الله تعالى " بكلمة منه اسمه المسيح " و إنما سمعت من رسل الله صلوات الله عليهم و هم الملائكة ثم كان بشارة من الله لها (وكذلك لو كتب به إليه كتابا) لأن البيان بالكتاب كالبيان باللسان (فان قال: نويت المشافهة؛ لم يعتق) لأنه نوى حقيقة كلامه، فان البشارة إنما تكون حقيقة منه إذا سمعه بعبارته (و إذا قال: أى غلمانى أخبرنى بكذا؛ فالأول و الثانى و الكاتب و المرسل يعتقون جميعا) لأن الخبر متحقق منهم فقد يخبر المرأ بما هو معلوم له كما يخبر بما غاب عنه علمه (إلا أن يعنى المشافهة) فتعمل نيته لأنه حقيقة كلامه، ووقع فى بعض نسخ الأصل التسوية بين الإخبار والإعلام، و المراد أن الإعلام يحصل بالكتاب والرسول كالإخبار، فأما الإعلام لا يكون من الثانى بعد الأول، لأن الإعلام إيقاع العلم بالخبر و ذلك لا يتكرر، بخلاف الإخبار؛ ألا ترى أن الرجل يقول « أخبرنى بهذا غير واحد » ولا يقول « أعلمنى غير واحد » اهـ ص ١٩ .

(١) و فى ع « فهذا يدل على المشافهة » و فى البقية « فهذا على المشافهة » .

(٢) بمنزلة قوله « كلمنى » ، ألا ترى أنا نقول « أخبرنا الله بكذا بكتابه ، أو على لسان رسوله » ولا نقول « حدثنا الله » ولا « كلمنا الله » ـ كذا قال السرخسى فى شرح المسألة ص ١٩ .

قد حلف له على ذلك .

و إذا حلف الرجل لآخر ليخبرنه بكذا و كذا و لا نية له فأخبره بذلك بكتاب أو أرسل إليه بذلك رسولا فقال « إن فلانا يخبرك بكذا و كذا » كان قد بر ، و كان هذا خبرا .

٥ باب الرجل يحلف على الأيام هل يدخل فى ذلك الليل و غيره[١]

و لو حلف الرجل فقال « يوم أفعل[٢] كذا و كذا فعبدى حر » و لا نية له ففعل ذلك ليلا عتق غلامه[٣] ، و إنما يقع هذا على « إذا فعلت كذا و كذا »؛ ألا ترى إلى قول الله تبارك و تعالى فى كتابه ﴿ و من يولهم ١٠ يومئذ دبره ﴾! فمن ولاهم الدبر بالليل و النهار فهو سواء .

و إذا قال « يوم أفعل كذا و كذا فعبدى حر » و هو ينوى النهار دون الليل ففعل ذلك ليلا فانه لا يحنث ، و يدين فى القضاء[٤] .

(١) لم يذكر عنوان هذا الباب فى المختصر.

(٢) و فى ه « أى يوم أهل » و فى البقية « يوم أفعل » .

(٣) لأن اليوم يذكر بمعنى الوقت ، قال الله تعالى " و من يولهم يومئذ دبره الا متحرفا " والرجل يقول : انتظر يوم فلان ، و يذكر و المراد بياض النهار . فقلنا: إذا قرن به ما يمتد كالصوم علم أن المراد به بياض النهار. و إذا قرن به ما لا يمتد فالمراد به الوقت ، و إنما قرن بذكر اليوم هنا فعلا لا يمتد فكان بمعنى الوقت - اه ما قاله السرخسى فى شرح المسألة ص ١٩ .

(٤) لأنه نوى حقيقة كلامه و هى حقيقة مستعملة - اه ما قاله السرخسى.

و إذا

و إذا قال ، ليلة أفعل كذا وكذا فعبدى حر ، ففعل ذلك نهارا لم يعتق عبده[١] .

ولو حلف رجل لا يبيت فى مكان[٢] كذا وكذا فأقام فى ذلك المكان ليلة حتى أصبح ولم ينم حنث . لأن البيتوتة هو المكث فيها ، إلا أن يعنى النوم . وإذا أقام فى ذلك المكان حتى يذهب[٣] أكثر من ٥ نصف الليل ثم خرج منه حنث . ولو أقام[٤] إلى أقل من نصف الليل ثم خرج لم يحنث .

و إذا حلف الرجل لا يظله ظل بيت ولا نية له فدخل ظل بيت حنث . ولو قام فى ظله خارجا لم يحنث ، إلا أن ينوى ذلك .

ولو حلف أن لا يأويه بيت فآواه بيت ساعة من الليل أو من ١٠ النهار ثم خرج لم يحنث حتى يكون فيه[٥] أكثر من نصف الليل أو أكثر من نصف النهار ، إلا أن يكون يعنى لا يأوى: لا يدخل

---

(١) و فى المختصر و شرحه للسرخسى : (و إن قال : ليلة أفعل كذا ؛ فهو على الليل خاصة) لأن الليل ضد النهار ، قال تعالى " و هو الذى جعل الليل و النهار خلفة " وكما أن النهار مختص بزمان الضياء فالليل مختص بزمان الظلمة و السواد - اه ما قاله السرخسى ص ١٩ .

(٢) و فى هـ « لا يبيت فى مقام مكان » لعل لفظ « مقام » كان نسخة على « مكان » بالهامش فأدخله الناسخ فى المتن بجمع بينهما .

(٣) و فى هـ « ذهب » .

(٤) و فى ع « قام » و الصواب « أقام » كما فى بقية الأصول .

(٥) سقط لفظ « فيه » من هـ .

بيتا فدخل حنث ـ و هذا قول أبى يوسف الأول ، ثم رجع فقال بعد ذلك : إذا دخل ساعة حنث ؛ و هو قول محمد . و لو أدخل قدما واحدا و لم يدخل الأخرى لم يحنث حتى يدخلهما جميعا . و لو أدخل جسده و هو قائم ما خلا رجليه لم يحنث ، لأن الجسد إنما هو تبع [1] للرجلين ٥ فاذا لم يدخل الرجلين لم يحنث . و كذلك لو حلف أن لا يخرج من البيت فأخرج قدما واحدا و لم يخرج الأخرى [2] لم يحنث .

باب الكفارة [3] فى اليمين فى الكفالة

و إذا حلف الرجل لا يكفل بكفالة فكفل بنفس رجل عبد أو حر فقد حنث . و كذلك [4] لو كفل بثوب أو دابة . و كذلك [4] لو كفل ١٠ بمال أو بما أدركه من درك فى دار اشتراها حنث . و كل شىء من هذا كفل به فهو كفالة .

و لو حلف أن لا يكفل [5] عن إنسان بشىء فكفل بنفس رجل لم يحنث لأنه لم يكفل عنه بشىء ، و الكفالة [6] عنه ليست كالكفالة به [7] .

(١) و فى ه « يقع » مكان « تبع » تصحيف .

(٢) و فى ه « الآخر » .

(٣) و فى الأصل « الكفارات » و الصواب « الكفارة » كما فى البقية .

(٤) و فى ه « كذا » مكان « كذلك » فى الحرفين .

(٥) و فى ه « و لو حلف لا يكفل » .

(٦) و فى م « الكفارة » مكان « الكفالة » .

(٧) قال السرخسى فى شرح المختصر : لأن صلة «عن» لا تستعمل إلا فى الكفالة =

و إذا حلف الرجل أن لا يكفل[1] عن فلان بشىء فأمره فلان فاشترى له ثوبا: لم يحنث، لأن هذا ليس بكفالة و إن كانت الدراهم على المشترى[2].

و إذا حلف الرجل لا يكفل عن فلان بشىء و لا يضمن عن فلان شيئا فهما سواء الكفالة[3] و الضمان، و لو أمره فلان أن يكفل ه عن رجل آخر أو يضمن عن رجل آخر ففعل ذلك: لم يحنث.

و لو كانت الدراهم على[4] فلان و بها كفيل فأمر فلان الحالف فكفل عن كفيله: لم يحنث الحالف، لأنه لم يكفل عن فلان بعينه.

و لو حلف لا يكفل عن فلان فكفل لغيره و الدراهم التى كفل بها أصلها لفلان: لم يحنث، لأنه لم يكفل له بشىء و إن كان ١٠ أصلها له. و كذا لو كفل لعبده أو لأبيه أو لبعض أهله فكفل بها له[5] لم يحنث.

= بالمال، فأما الصلة فى الكفالة بالنفس الباء، يقال: كفل بنفس فلان. و كفل عن فلان بكذا من المال ـ اه ص ٢٠.

(١) و فى م «و إذا حلف الرجل لا يكفل».

(٢) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (و إن حلف لا يكفل عنه بشىء فاشترى له بأمره شيئا لم يحنث) لأن الكفالة التزام المطالبة بما على الغير. والثمن بالشراء هنا فى ذمة الوكيل دون المؤكل، فلا يكون الوكيل كفيلا عن المؤكل، بل يكون فى حقه بمنزلة البائع، و لهذا طالبه بالثمن ـ الخ ص ٢٠.

(٣) و فى م «الكفارة» تحريف.

(٤) و فى هـ «عن» مكان «على».

(٥) سقط لفظ «له» من هـ، م.

و لو كفل لفلان الذي حلف عليه بدراهم أصلها لغيره: حنث:

و لو حلف أن لا يكفل عن فلان فضمن عنه حنث، إلا أن يكون عنى حين حلف اسم كفالة. فان كان عنى أن «لا أكفل و لكن أضمن» فانه يسعه فيما بينه و بين الله تعالى، و في القضاء لا يسعه[1]،

٥ و إن لم يكن[2] له نية فهما سواء.

و لو حلف أن لا يكفل عن فلان فأحال فلان عليه بمال له عليه: لم يحنث إذا لم يكن للمحتال دين له عليه، لأن هذا ليس بكفالة[3]. ألا ترى إنما أحال عليه بشيء هو له عليه، و إنما هو وكيل الذي أحال[4] عليه.

١٠ و لو قال «أضمن ما عندك لفلان» فضمنه له لم يحنث، لأنه لم يكفل عن فلان، إنما ضمن ما[5] عنده لهذا. ألا ترى أن هذا المحتال

---

(١) قال السرخسي في شرح المختصر: (و لو حلف أن لا يكفل عن فلان فضمن عنه حنث، إلا أن يكون عنى حين حلف اسم الكفالة، فان كان عنى أن «لا أكفل و لكن أضمن» فانه يسعه في ما بينه و بين الله تعالى، و في القضاء لا يسعه) و هذا خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء - اه ص ٢١.

(٢) وفي ز «لم تكن».

(٣) قال السرخسي: لأن الكفالة عنه أن يلتزم المطالبة عنه لغيره بما لم يكن عليه قبل الكفالة، و ذلك لم يوجد هنا، إنما وكل فلان المحتال له بقبض دينه من الحالف وذلك لا يكون كفالة عنه للمحتال له، و كذلك إن ضمنه له - اه ص ٢١.

(٤) وفي ز «أحاله» و في ه «احال عليه بشيء هو له».

(٥) سقط لفظ «ما» من م.

إنما

إنما هو وكيل لرب المال[١] . و لو كان لهذا[٢] المحتال له مال على الذى أحاله فاحتال به على الحالف أو ضمنه الحالف له و على الحالف مال للذى أحال عليه : حنث[٣] ، لأن هذا كفيل .

باب الكفارات فى اليمين فى الكلام

و إذا حلف الرجل لا يتكلم اليوم و لا نية له ثم صلى لم يحنث، ٥ لأن هذا ليس بكلام[٤] . و لو قرأ القرآن فى غير صلاة أو سبح أو هلل

(١) و فى م « وكيل له بالمال » .

(٢) قوله « لهذا » كذا فى ه ، م ؛ و فى ع ، ز « هذا » .

(٣) لأنه التزم المطالبة عنه للمحتال له بما لم يكن عليه من قبل ، و الالتزام بقبول الحوالة أبلغ من الالتزام بالكفالة و الضمان ، فاذا كان يحنث هناك فكذلك يحنث هنا ، لأنه لا فرق بينهما فى حق الملتزم ، إنما الفرق فى حق المضمون عنه أن الحوالة توجب براءة الأصيل ، و الكفالة لا توجب ؛ و الله سبحانه و تعالى أعلم بالصواب ـ اه ما قاله السرخسى فى المسألة ص ٢١ .

(٤) قال السرخسى فى شرح المختصر: لم يحنث استحسانا ، و فى القياس يحنث لأنه بالتسبيح و التهليل و التكبير و قراءة القرآن متكلم ، فان التكلم ليس إلا تحريك اللسان و تصحيح الحروف على وجه يكون مفهوما من العباد ، وقد وجد ذلك ؛ ألا ترى أنه لو أتى به فى غير الصلاة كان حانثا ! فكذلك فى الصلاة ؛ و وجه الاستحسان قول رسول الله صلى الله عليه و سلم : إن الله يحدث من أمره ما يشاء ، و إن مما أحدث أن لا يتكلم فى الصلاة ؛ و لا يفهم أحد من هذا ترك القراءة و أذكار الصلاة ، وكذلك فى العرف يقال : فلان لم يتكلم فى صلاته ؛ و إن كان قد أتى بأذكار الصلاة ، و يقال : حرمة الصلاة تمنع الكلام؛ ولا يراد به الأذكار ، و العرف معتبر فى الأيمان ـ اه ص ٢٢ .

أو كبر أو حمد الله تعالى كان قد تكلم وحنث، ووجبت[1] عليه الكفارة. وكذلك لو أنه[2] أنشد شعرا حنث.

ولو حلف لا يتكلم اليوم فتكلم بالفارسية أو بالنبطية أو بالسندية أو بالزنجية أو بأى لسان كان سوى منطقه العربية[3]: حنث، لأنه كلام.

٥ وكذلك لو حلف لا يكلم فلانا فناداه من بعيد من حيث يسمع مثله صوته أو كان نائما فناداه أو أيقظه: حنث[4]. ولو مرّ على قوم فسلم عليهم وهو فيهم: حنث، إلا أن لا ينوى الرجل فيهم وينوى[5] غيره. وإن ناداه وهو حيث لا يسمع الصوت: لم يحنث[6]، وليس هذا بكلام.

---

(١) وفى م «وجب».

(٢) سقط لفظ «أنه» من هـ.

(٣) كذا فى هـ، ز، م؛ وفى ع «سوا كان منطقه العربية» لفظ «سوا» بالألف، وكذا هو فى م.

(٤) وفى المختصر وشرحه للسرخسى: (وكذلك لو ناداه وهو نائم فأيقظه حنث) وهذا ظاهر. ووقع فى بعض نسخ الأصل «فناداه أو أيقظه» وهذا إشارة إلى أنه وإن لم ينتبه بندائه فهو حانث. لأنه أوقع صوته فى أذنه ولكنه لم يفهم لمانع. والأظهر أنه لا يحنث لأن النائم كالغائب. وإن لم ينتبه كان بمنزلة ما لو ناداه من بعيد بحيث لا يسمع صوته فلا يكون حانثا، وإذا انتبه فقد علمنا أنه أسمعه صوته فيكون مكلما له. وقيل: هو على الخلاف، عند أبى حنيفة يحنث لأنه يجعل النائم كالمنتبه، وعندهما لا يحنث، بيانه فيمن رمى سهما إلى صيد فوقع عند نائم حيا ثم لم يدرك ذكاته حتى مات، على ما نبينه فى كتاب الصيد - اهـ ص ٢٢.

(٥) وفى م «وهو ينوى».

(٦) وفى هـ «لا يحنث».

و لو كتب إليه أو أرسل إليه رسولا لم يحنث . و لو أشار إليه باشارة أو أومأ إليه إيماء لم يحنث[1] ، لأن هذا ليس بكلام .

و قال محمد فى رجل قال « و الله لا أكلم مولاك » و له موليان مولى أعلى و مولى أسفل و لا نية له قال : أيهما كلم حنث .

قال محمد : و إذا قال الرجل « لا أكلم جدك » و له جدان من ٥ قبل أمه و من قبل أبيه و لا نية له قال : أيهما كلم حنث[2] .

(١) لأن الكلام ما لا يتحقق من الأخرس ، و الإيماء و الإشارة يتحقق منه فلا يكون كلاما . و ذكر هشام عن محمد قال : سألنى هارون عمن حلف لا يكتب إلى فلان فأمر أن يكتب إليه بايماء أو إشارة هل يحنث ؟ فقلت : نعم إذا كان مثلك يا أمير المؤمنين ! و هذا صحيح لأن السلطان لا يكتب بنفسه عادة ، إنما يأمر به غيره . و من عادتهم الأمر بالإيماء و الإشارة ، و عن ابن سماعة قال : سألت محمدا عمن حلف لا يقرأ كتابا لفلان فنظر فيه حتى فهمه و لم يقرأه ، فقال : سأل هارون أبا يوسف عن هذا و كان محمد ابتلى بشىء منه فقال : لا يحنث ؛ و أنا برىء من ذلك ، ثم ندم و قال : أما أنا فلا أقول فيه شيئا ؛ و ذكر هشام و ابن رستم عن محمد أنه يحنث ، لأن المقصود الوقوف على ما فيه لا عين القراءة ، و فى الأيمان يعتبر المقصود ، وجه قول أبى يوسف أن اللفظ مراعى ، و لفظه القراءة ، و النظر و التفكر ليفهم لا يكون قراءة ، ألا ترى انه لا يتادى به فرض القراءة فى الصلاة - اه ما قاله السرخسى فى شرح المسألة من شرحه للمختصر .

(٢) قال السرخسى فى شرح المختصر : لأن هذا اسم مشترك ، و الأسماء المشتركة فى موضع النفى تعم ، لأن معنى النفى لا يتحقق بدون التعميم ، و هو بمنزلة النكرة تعم فى موضع النفى دون الإثبات ، و هذا إشارة إلى الفرق بين هذا و بين الوصية لمولاه ، و قد بينا الفرق فى الجامع - اه ص ٢٣ .

باب الكفارة فى اليمين فى لزوم الغريم

و إذا حلف الرجل لا يفارق غريمه حتى يستوفى ما له عليه و له عليه شيء فلزمه ثم إن الغريم فر منه: لم يحنث. لأن الحالف لم يفارقه، إنما فارقه المطلوب. و كذلك لو أن المطلوب كابره مكابرة حتى انفلت[١] منه.

٥ و لو أن المطلوب أحاله على رجل بالمال أو أبرأه الطالب منه ثم فارقه لم يحنث[٢]، [٣]لأنه فارقه و لا شيء عليه. و لو أن المال توى عند المحتال عليه فرجع الطالب على المطلوب بالمال لم يحنث[٣]، لأنه قد كان وقت يومئذ وقتا ـ و هو قول أبى حنيفة و محمد، و قال أبو يوسف: يحنث إن فارقه قبل أن يستوفى منه، و لو لم يحله يومئذ بالمال

١٠ و لكنه أعطاه إياه فوجد فيها درهما زيفا أو أكثر من ذلك بعد ما فارقه

(١) و فى م «انقلب» تصحيف.

(٢) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: (و إن حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفى ما له عليه فلزمه ثم فر منه الغريم لم يحنث) لأنه عقد يمينه على فعل نفسه فى المفارقة، و هو ما فارق غريمه. إنما الغريم هو الذى فارقه (و كذلك لو كابره حتى انفلت منه) لأنه يقصد بيمينه منع نفسه عما فى وسعه دون ما ليس فى وسعه، قال (و لو أن المطلوب أحال بالمال على رجل و أبرأه الطالب منه ثم فارقه لم يحنث عند أبى حنيفة و محمد. و فى قول أبى يوسف يحنث) لأن ما جعله غاية و هو استيفاء ما له عليه قد فات حين برئ المطلوب بالحوالة. و قد بينا أن فوت الغاية عندهما يسقط اليمين لا إلى حنث، خلافا لأبى يوسف، كما فى قوله: لا أكلمك حتى يأذن لى فلان ـ اه ص ٢٠.

(٣ - ٣) من قوله «لأنه فارقه ...» ساقط من ه.

لم يحنث

لم يحنث من قبل أن الدراهم الزيوف فضة ، و لو كان فى الدراهم دراهم ستوقة وجدها بعد ما فارقه فان كانت فضة لم يحنث ، و إن كان من نحاس أكثرها و الفضة أقلها حنث ، لأنه قد فارقه و ليس[1] له عليه شىء . و لو أعطاه الدراهم و فارقه و جاء رجل فاستحقها فأخذها من الحالف فرجع الحالف على غريمه لم يحنث ، لأنه قد فارقه يوم فارقه على وفاء. ٥ و كذلك لو باعه بالمال عبدا أو قبضه و فارقه ثم استحق العبد لم يحنث .

و لو حلف المطلوب « لأعطينك حقك عاجلا » و هو يعنى فى نفسه وقتا كان الأمر على ما نوى و إن كان سنة ، لأن الدنيا كلها قليل عاجل . فان لم يكن له نية فانى أستحسن فى ذلك أن يكون أقل من شهر بيوم ، فان تم شهر قبل أن يعطيه حنث . ١٠

و إذا حلف لا يحبس عنه من حقه شيئا و له نية أن لا يحبسه به فهو ما نوى ، و إن لم يكن[2] له نية فانه ينبغى له أن يعطيه ساعة حلف و يأخذ فى عمل ذلك حتى يوفيه . و لو حاسبه فأعطاه كل شىء له و أبرأه من ذلك الطالب ثم لقيه بعد أيام فقال له[3] « بقى لى عندك كذا كذا[4] من قبل كذا كذا[5] » فذكر المطلوب ذلك و عرفه و قد كانا جميعا نسياه : ١٥ لم يحنث الحالف إذا أعطاه ذلك حين يذكره ، لأنه لم يحبسه[6] . ألا ترى أنه قد أوفاه حقه .

وكذلك لو حلف أن لا يحبس عنه متاعه ثم قال له « خذه » فقال

---

(١) سقط لفظ « ليس » من ه ، م . (٢) و فى ز « لم تكن » .
(٣) كذا فى ه ، وسقط لفظ « له » من البقية .
(٤) و فى ه ، م « كذا و كذا » .
(٥) و فى ه « كذا وكذا » . (٦) و فى ه « لم يحسبه » .

الطالب « قد أخذته » كان الحالف قد بر . و لا يكون حابسا لأنه
قد خلى بين الطالب و بينه .

باب الرجل يحلف لا يقعد على الشيء أو يستعير و هو لا يعرف فلانا

٥ و إذا حلف الرجل أن لا يقعد على الأرض و لا نية له فقعد
على البساط[1] أو على فراش أو على وسادة لم يحنث . ألا ترى أنه[2]
قد قعد على غير ما سمى[3] ! و لو قعد على بوريا أو حصير[4] لم يحنث .
و لو قعد على الأرض أو على ثيابه التي تلبس[5] و ليس بينه و بين الأرض
شيء حنث ، لأن هذا قد قعد على الأرض إذا لم يقعد على البساط .
١٠ ألا ترى أنه قد يقول[6] « قد قعدت على الأرض » ! و الآخر قد يقول[7]
« قعدت[8] على بساط » ، و هذا على ثيابه و ذا على ثيابه[9] .

---

(١) كذا في الأصول ، و في المختصر « بساط » .
(٢) كذا في ع ، ز ، هـ ؛ و في م « الا انه » مكان « ألا ترى أنه » .
(٣) و في هـ « سماه » .
(٤) و في هـ « حصيرا » تحريف .
(٥) و في ز « يلبس » و هو في م غير منقوط .
(٦) كذا في ع ؛ و في هـ ، م ، ز « أنه يقول » .
(٧) و في هـ ، ز « والآخر يقول » .
(٨) و في هـ ، م « قد قعدت » .
(٩) سقط قوله « و ذا على ثيابه » من هـ .

و إذا حلف الرجل لا يقعد على الأرض و هو ينوي أن لا يقعد عليها فان كان تحته فراش أو بساط أو وسادة أو حصير أو بوريا لم يحنث.

و إذا حلف لا يمشي على الأرض و لا نية له فيها فمشى حافيا أو بنعلين أو خفين أو جوربين فانه يحنث، لأنه قد مشى[١] على الأرض. و لو مشى[١] على بساط أو على فراش أو على وسادة لم يحنث، لأنه لم يمش على الأرض. و لو مشى على ظهر الاحجار[٢] حافيا أو بنعلين أو بخفين أو جوربين و لم يكن[٣] له نية فانه يحنث، لأن ظهر الاحجار من الأرض.

و لو حلف لا يدخل الفرات و لا نية له فمر على الجسر لم يحنث. و كذلك إن دخل سفينة. فان دخل[٤] الماء حنث[٥].

(١-١) من قوله «على الأرض» ساقط من هـ.

(٢) كذا في الأصول. و في شرح السرخسي «الاجار». و في المغرب: الاجار السطح، فعال، عن أبي علي الفارسي: و الانجار لغة فيه - الخ ج ١ ص ١٠.

(٣) و في ز «لم تكن».

(٤) و في هـ «فادخل».

(٥) و في المختصر و شرحه: (و إن حلف لا يدخل في الفرات فمر على الجسر أو دخل سفينة لم يحنث. و إن دخل الماء حنث) لأن في العرف دخول الماء بالشروع في الماء، و الجسر و السفينة ما تتخذ للعاجزين عن الشروع في الفرات فعرفنا أن الحاصل على الجسر أو السفينة لا يكون داخلا في الفرات عرفا؛ و في النوادر: و لو حلف لا يدخل بغداد فمر في الدجلة في السفينة فهو حانث في قول محمد، و عند أبي يوسف لا يحنث ما لم يخرج إلى الحد، قال: و لو كان من أهل بغداد فجاء من الموصل في السفينة في دجلة حتى دخل بغداد كان مقيما و إن =

و إذا حلف الرجل لا يكلم فلانا إلى كذا كذا - يعنى بذلك أشهرا، فهو كما نوى، و إن لم يكن[1] له نية و لم يسم شيئا فذلك إليه يكلمه بعد ذلك اليوم متى ما شاء[2]. و لو حلف لا يكلمه إلى قدوم الحاج أو إلى الحصاد أو إلى الدياس و لا نية له فحصد أول الناس أو داس أول ٥ الناس[3] أو قدم أول الحاج[4] فانه ينبغى له أن يكلمه إن شاء، و لا يحنث.

و لو حلف أن لا يؤم الناس[5] يعنى لا يصلى بهم فأمّ بعضهم و لم يكن له نية حنث[6].

و لو حلف أن لا يكلم فلانا حتى الشتاء فجاء أول الشتاء فقد انقطعت اليمين، و كذلك الصيف.

= لم يخرج إلى الحد، و محمد سوى بينهما و يقول: الموضع الذى حصل فيه من بغداد فيكون حانثا، كما لو حلف لا يدخل الدار فدخلها راكبا، و أبو يوسف يقول: مراد الحالف دخول الموضع الذى يتوطن فيه أهل بغداد، و لا يوجد ذلك ما لم يخرج إلى الحد، فان قهر الماء يمنع قهر غيره - اه ما قاله السرخسى ص ٢٥.

(١) و فى ز « لم تكن ».

(٢) كذا فى ع، ز؛ وفى ﻫ « متى قلنا بيده » مكان « متى ما شاء » تحريف، وفى م « بعد ذلك إلى متى ما شاء ».

(٣-٣) من قوله « أو داس » ساقط من ﻫ، م.

(٤) و فى ﻫ « الحج » تصحيف.

(٥) سقط لفظ « الناس » من ﻫ.

(٦) لأن « الناس » اسم جنس، و قد علمنا أنه لم يرد استغراق الجنس لأن ذلك لا يتحقق، فيتناول أدنى ما ينطلق عليه اسم الجنس - اه ما قاله السرخسى فى شرح المسألة ص ٢٥.

ولو

و لو حلف لا يستعير من فلان شيئا فاستعار منه حائطا يضع عليه جذوعه و لم يكن[1] له نية حين حلف فانه يحنث ، لأنه قد استعار . و كذلك لو استعار منه بيتا أو دارا أو دابة أو دلوا أو ثوبا . و لو دخل عليه فأضافه لم يحنث . و لو دخل فاستقى من بئره باذنه لم يكن عليه شيء ، و لم يكن هذا عارية . ٥

و لو حلف بالله ما يعرف فلانا ثم ذكر أنه قد كان يعرفه لم يحنث[2] ، لأنه لم يكن يعرفه حين حلف . و لو حلف ما يعرف فلانا ثم رآه بعد ذلك فقال « هذا الذي حلفت عليه » فقال الرجل بأنى[3] قد كنت أعرف وجه هذا الرجل لم يحنث .

و لو أن رجلا عرف وجه رجل و لا يعرف اسمه فحلف ما يعرفه كان صادقا ، إلا أن يعنى معرفة وجهه ، فان عنى معرفة وجهه حنث[4] . و قد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه سأل رجلا عن رجل

---

(١) و فى ز « لم تكن » .

(٢) لأنه يعرفه من وجه دون وجه ، فانه يمكنه أن يشير إليه إذا كان حاضرا و لا يمكنه إحضاره إذا كان غائبا ، و الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتا مطلقا ، والأصل فيه ما روى أن النبي صلى الله عليه و سلم سأل رجلا عن رجل فقال : هل تعرفه ؟ فقال : نعم ، فقال هل تدرى ما اسمه ؟ قال : لا ، قال : فانك إذاً لا تعرفه .

(٣) و فى هـ « بابى » و فى ز « بابى » و الصواب كما هو فى ع ، م « بأنى » .

(٤) و فى المختصر و شرحه للسرخسى : (إلا أن يعنى معرفة وجهه) فان عنى ذلك فقد شدد الأمر على نفسه ، واللفظ محتمل لما نوى ، وهذا إذا كان للحلف عليه =

فقال : هل تعرفه ؟ فقال[1] : نعم ، فقال : هل تدرى ما اسمه ؟ قال : لا ، قال : أراك إذا لا تعرفه . فكل معرفة يعرفه الرجل و لا يعرف ما اسمه فليس بمعرفة . فان حلف أنه لا يعرفه فقد بر ، إلا أن يعنى معرفة وجهه و سوقه و صنعته و قبيلته فانه يحنث .

٥ باب الكفارة فى الأيمان فى الأدهان و الرياحين و الخل[2]

و إذا حلف الرجل لا يشترى بنفسجا و لا نية له فاشترى دهن بنفسج فانه يحنث ، و إنما أضع اليمين على الدهن ، و لا أضعها على الورد . و كذلك لو حلف لا يشترى خيريا[3] .

= اسم . فان لم يكن له اسم بأن ولد من رجل فرأى الولد جاره و لكن لم يسم بعد فحلف الجار أنه لا يعرف هذا الولد فهو حانث ، لأنه يعرف وجهه ويعرف نسبه وليس له اسم خاص ليشترط معرفة ذلك فكان حانثا فى يمينه ، و الله أعلم بالصواب ـ اه ما قاله السرخسى فى شرح المختصر ص ٢٦ .

(١) و فى ز « قال » .

(٢) و فى ه « الخز » مكان « الخل » .

(٣) و فى المصباح المنير : الخير بالكسر الكرم و الجود ، و النسبة إليه خيرى على لفظه ، و منه قيل للمنثور : خيرى ، لكنه غلب على الأصفر منه لأنه الذى يخرج دهنه و يدخل فى الأدوية ـ اه ج ١ ص ١٣٤ . و فى محيط المحيط : الخيرى نبات معرب ، و هو المنثور الأصفر ، و دهن الخيرى يوصف لتحليل الأورام ، و هو زيت ينقع فيه زهر الخيرى فى زجاجة و توضع فى الشمس أياما ـ اه ج ١ ص ٦١٢ . و فيه أيضا : و نبات ذو زهر ذكى الرائحة ، الواحدة : منثورة ـ ج ٢ ص ٢٠٤ . و فى قطر المحيط : الخيرى المنثور الأصفر ـ ج ١ ص ٥٩٢ . و فيه فى ج ٢ ص ٢١٢٧ فى تفسير المنثور : نبات ذو زهر ذكى الرائحة ـ اه . قلت : ذكره فى ج ٢ ص ٢١٩ =

و لوحلف لا يشترى حناء[1] أو وردا كان هذا و ذاك فى القياس سواء[2] ، و لكنى أستحسن أن أضع هذا على الورق و الورد إذا لم يكن له نية . و لو اشترى فى هذا دهنا لم يحنث . و لو اشترى فى الأول ورقا لم يحنث[3] .

= من محيط الأعظم وهو كتاب فى مفردات الأدوية ذكره فيه بالتفصيل وقال : يقال له بالفارسية « شب بوى » وهو أقسام برى و بستانى ، أبيض الزهر وأحمره وأصفره ، والمستعمل منه أحمر الزهر و أصفره ، و المراد من مطلقه الأصفر ـ اه ترجمته بالاختصار ص ٢٢٠. قلت: اللفظ هذا فى م و ه غير منقوط ، لكن نسخ الأصول اتفقت على صورته ، و الصحيح المنقوط فى ع ، ز .

(١) و فى ع ، ز « عنا » وفى م « عانا » غير منقوط ؛ و الصواب « حناء » كما فى المختصر و شرحه ، وفى ه « لا يشترى وردا » .

(٢) و فى م « سواء فى القياس » .

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ٢٧ : (و إذا حلف لا يشترى بنفسجا فاشترى دهن فانه إذا أطلق اسم البنفسج فى العرف يراد به الدهن ، و يسمى بائعه بائع البنفسج فيصير بشرائه مشتريا للبنفسج أيضا (ولو اشترى ورق البنفسج لم يحنث) و ذكر الكرخى فى مختصره أنه يحنث أيضا ، و هذا شيء ينبنى على العرف ، و فى عرف أهل الكوفة بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج ، و إنما يسمى به بائع الدهن ، فبنى الجواب فى الكتاب على ذلك ، ثم شاهد الكرخى عرف أهل البغداد أنهم يسمون بائع الورق بائع البنفسج أيضا فقال : يحنث به ، وهكذا فى ديارنا . ولا يقال اللفظ فى أحدهما حقيقة و فى الآخر مجازا ، و لكن فيهما حقيقة ؛ أو يحنث فيهما باعتبار عموم المجاز (والخيرى كالبنفسج ، فأما الحناء و الورد فقال : إنى استحسن أن =

و لو حلف لا يشترى بزرا فاشترى دهن بزر فانه يحنث . و إن اشترى حناء[1] فانه لا يحنث ، إلا أن يكون نوى حين حلف .

و إذا حلف لا يشترى بزا[2] فأى البز اشترى فانه يحنث، فان اشترى فراء[3]

أجعله على الورق والورد إذا لم يكن له نية ، و إن اشترى دهنهما لم يحنث ، و القياس فى الكل واحد ولكنه بنى الاستحسان على العرف ، و أن الورد والحناء تسمى به العين دون الدهن ، و البنفسج و الخيرى يسمى بهما مطلقا ، والياسمين قياس الورد يسمى به العين فان الدهن يسمى به زنبقا ـ اهـ ص ٢٨ .

(١) وفى م «حباء» تصحيف ؛ وفى قانون الشيخ أبى على ابن سيناء ج١ ص ٣١٣ : «حناء» قال ديسقوريدوس : هى شجرة ورقها على أغصانها ، و هو شبيه بورق الزيتون غير أنه أوسع و ألين و أشد خضرة ، ولها زهر أبيض شبيه بأشنة ، طيب الرائحة ، و بزره أسود شبيه ببزر النبات الذى يقال له «اقطى» و قد يجلب من البلدان الحارة ـ اهـ . قلت : الحناء من أشجار الهند يصبغ أهل الهند بأوراقها بعد ما دقت أشعار لحاهم و رؤسهم فتحمر ، و تصبغ بها نساؤهم أيديهن و أرجلهن حتى تحمر للحسن ، و كذلك يصنعون الطيب من زهره .

(٢) و فى هـ «بزرا» تصحيف .

(٣) الفراء جمع الفروة أو الفرو ، وفى المصباح المنير : الفروة التى تلبس، قيل باثبات الهاء ، و قيل بحذفها ، و الجمع : الفراء ، مثل سهم و سهام ـ اهـ ج ٢ ص ٨٠ . وفى قطر المحيط : الفرو و الفروة لبس من جوخ و نحوه ، يبطن بجلود بعض الحيوانات كالأرانب و الثعالب و السمور ، ج : فراء ـ اهـ ج ٢ ص ١٥٩٢ .

أو

أو مسوحا[1] أو طيالسة[2] أو أكسية فانه لا يحنث[3]، لأن هذا ليس ببز .

و إن حلف لا يشترى طعاما و لا نية له فاشترى حنطة أو دقيقا أو تمرا أو شيئا من الفواكه مما يؤكل فانه يحنث فى القياس ، و أما فى الاستحسان فينبغى أن لا يحنث إلا فى الخبز و الحنطة و الدقيق[4] .

---

(١) والمسح بالكسر واحد المسوح ، و هو لباس الرهبان - اه المغرب ج ٢ ص ١٨٤ . و فى قطر المحيط : المسح الجادة و البلاس يقعد عليه ، و الثوب من شعر كثوب الرهبان ، ج أمساح و مسوح - اه ج ٢ ص ٢٠٤٦ .

(٢) و فى المغرب : الطيلسان تعريب تالسان ، و جمعه طيالسة ، و هو من لباس العجم مدور أسود - اه ج ٢ ص ١٦ .

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى : (و لو حلف لا يشترى بزا فشترى فروا أو مسحا لم يحنث ، و كذلك الطيالسة و الأكسية) لأن بائع هذه الأشياء لا يسمى بزازا ، ولا يباع فى سوق البزازين أيضا فلا يصير مشتريا للبز بشرائها - اه ص ٢٨ .

(٤) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ٢٨ : (و لو حلف لا يشترى طعاما فاشترى تمرا أو فاكهة حنث فى القياس) لأن الطعام اسم لما يطعمه الناس ، و الفاكهة و التمر بهذه الصفة ، ألا ترى أنه لو عقد يمينه على الأكل حنث بها! فكذلك الشراء (ولكنه استحسن فقال: لا يحنث إلا فى الحنطة والخبز والدقيق) لأنه عقد يمينه على الشراء ، و الشراء إنما يتم به و بالبائع و ما يسمى بائعه بائع الطعام أو يباع فى سوق الطعام يصير هو بشرائه مشتريا للطعام ، و بائع الفاكهة واللحم لا يسمى بائع الطعام فلا يصير هو بشرائها مشتريا للطعام أيضا ، بخلاف الأكل فانه يتم بالأكل وحده فيعتبر فيه حقيقة الاسم - اه ص ٢٩ .

وإذا حلف[1] لا يشترى سلاحا فاشترى شيئا من الحديد غير مصوغ فانه لا يحنث[2]. وكذلك لو اشترى سكينا أو سفودا[3] لم يحنث[4]. وأما إذا اشترى درعا أو سيفا أو قوسا أو شبه ذلك حنث، لأن هذا هو من السلاح.

٥ وإذا سأل رجل رجلا عن الحديث فقال أ كان كذا كذا[5]؟ فقال: نعم، فقال الحالف: قد والله حدثنى بكذا وكذا؛ يعنى بقوله «نعم» فهو صادق، فهذا حديث. ألا ترى أنه يقرأ عليك الصك فيقول: أشهد عليك بكذا وكذا، فتقول أنت: نعم. فتقول[6]: قد أشهدنى فلان بكذا وكذا، فيصدق.

١٠ وإذا حلف الرجل أن لا يشم طيبا فدهن به لحيته أو رأسه فوجد ريحه لم يحنث، فان تشممه فقد حنث. وإن دخل ريحه فى أنفه

(١) وفى م «حلف الرجل».

(٢) لأن بائعه لا يسمى بائع السلاح وإنما يسمى حدادا، وكذلك يباع فى سوق الحدادين ولا يباع فى سوق الأسلحة - قاله السرخسى فى شرح المختصر ص ٢٩.

(٣) السفود حديدة يشوى عليها اللحم، ج: سفافيد - اهـ ج ١ ص ٩٣٢ من قطر المحيط.

(٤) لأن بائعه لا يسمى بائع السلاح، إنما يسمى سكانا - قاله السرخسى فى شرح المختصر ص ٢٩.

(٥) وفى هـ «أهكذا كذا» وفى ز «كذا وكذا».

(٦) وفى ز «فيقول» وفى البقية «فتقول».

من غير أن يشممه[١] فانه لا يحنث . و ليس شيء من الدهن بعد[٢] إلا أن يكون فيه طيب يطيب[٣] . إنما[٤] الطيب ما جعل فيه العنبر و المسك و ما أشبهه ، و ما يجعل منه فى الدهن فهو طيب .

و لو حلف لا يشم دهنا و لا يدهن بدهن فأى الدهن ما ادهن به أو شمه فانه يحنث ؛ الزيت و ما سواه . ٥

و لو حلف لا يشم ريحانا و لا نية له فشم آسا و ما[٥] أشبهه من الرياحين حنث . و لو شم ياسمينا أو وردا أو شبه[٦] ذلك فانه لا يحنث ، لأن هذا ليس بريحان[٧] .

---

(١) و فى ه « يشمه » .

(٢) و فى ز « بعد » مكان « بعد » .

(٣) قوله « يطيب » كذا فى ه ، و فى البقية « بطيب » .

(٤) و فى ه « و إنما » .

(٥) و فى م « أو ما » .

(٦) و فى ه « شبهه » خطأ .

(٧) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ٢٦ : (و إن حلف لا يشم ريحانا فشم آسا أو ما أشبه ذلك من الرياحين حنث ، و إن شم الياسمين أو الورد لم يحنث) لأنهما من جملة الأشجار ، و الريحان اسم لما ليس له شجر ، ألا ترى أن الله تعالى قال " و النجم و الشجر يسجدان و الحب ذو العصف و الريحان " قد جعل الريحان غير الشجر ، عرفنا أن ما له شجر فليس بريحان و إن كان له رائحة مستلذة ، و كذلك فى العرف لا يطلق اسم الريحان على الورد و الياسمين ، و إنما يطلق على ما ينبت من بزره مما لا شجر له ، و قيل : الريحان ما يكون لعينه رائحة مستلذة ، =

و لو أن امرأة حلفت أن لا تلبس حليا و لا نية لها فلبست خاتم فضة لم تحنث . ألا ترى أن الرجال يلبسونه و ليس يلبس الرجل الحلى ، و إن لبست سوارا أو قلبا أو خلخالا حنثت[1] ، و كذلك لو لبست قلادة أو قرطا[2] ، و لو لبست عقد لؤلؤ لم تحنث لأنه ليس بحلى فى ٥ قول أبى حنيفة ، و قال أبو يوسف و محمد[3] فيها : هو حلى و تحنث فيه ؛ ألا ترى إلى قول الله تعالى فى كتابه ﴿ و تستخرجوا منه حلية تلبسونها ﴾ و هو اللؤلؤ فيما بلغنا[4] ؛ و قال فى آية أخرى ﴿ يحلون فيها

= و شجر الورد و الياسمين ليس لعينه رائحة، إنما الرائحة للورد خاصة ، فلا يكون من جملة الرياحين - اه .

(١) و فى ه « حنث » تصحيف .

(٢) كذا فى ه ، ز و هو الصواب ، و فى ع ، م « قرطقا » و ليس بصواب لأن القرطق قباء و ليس هذا مقام القباء و الأثواب ، بل المقام مقام الحلى . قلت : القرط ما يعلق فى شحمة الأذن من درة أو نحوها ، و جمعه : أقراط . و القلب بالضم السوار للمرأة غير ملوى ، و السوار ككتاب و غراب ، القلب كالأسوار بالضم ، ج : أسورة - كذا فى القاموس ج ٢ ص ٥٣ . و القلادة ما جعل فى العنق - القاموس ج ١ ص ٣٣٠ : و الخلخال و الخلخل و الخُلخُل حلية من فضة كسوار كبير تلبسها نساء العرب فى أرجلهن ، ج : خلاخيل و خلاخل - كذا فى قطر المحيط ج ١ ص ٥٦١ .

(٣) كذا فى ه ؛ و لم يذكر قول محمد مع أبى يوسف فى ع ، ز ، م ؛ و الصواب أنه معه ، كما ذكره الحاكم فى مختصره و السرخسى فى شرح المختصر .

(٤) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ٢٩ : (و لو أن امرأة حلفت أن لا تلبس =

من

من أساور من ذهب ١ و لؤلؤا ﴾ .

= حليا فلبست خاتم الفضة لم تحنث) لأن الرجل ممنوع من استعمال الحلى و له أن يلبس خاتم الفضة ، فعرفنا أنه ليس بحلى ، وقيل : هذا إذا كان مصوغا على هيئة خاتم الرجال ، فأما إذا كان على هيئة خاتم النساء مما له فصوص فهو من الحلى لأنه يستعمل استعمال الحلى للتزين به ، والسوار و الخلخال والقلادة و القرط من الحلى لأنه تستعمل استعمال الحلى للتزين بها حتى يختص بلبسها من يلبس الحلى ، و الله تعالى وعد ذلك لأهل الجنة بقوله " يحلون فيها من اساور من ذهب " فأما اللؤلؤ عند أبي حنيفة لايكون حليا) إلا أن يكون مرصعا بالذهب و الفضة (وعند أبي يوسف و محمد هو حلى) لقوله تعالى " يحلون فيها من اساور من ذهب و لؤلؤا " و لقوله تعالى " و تستخرجوا منه حلية تلبسونها " وكذلك من حيث العرف يستعمل ذلك استعمال الحلى ، فالمرأة قد تلبس عقد لؤلؤ للتحلى بها ، ولكن أبو حنيفة شاهد العرف فى عصره وأنهم يتحلون باللؤلؤ مرصعا بالذهب أو الفضة و لا يتحلون باللؤلؤ وحده ، فبنى الجواب على ما شاهده ، وقد بينا أنه لاتنبنى مسائل الأيمان على ألفاظ القرآن . ولكن قولهما أظهر و أقرب إلى عرف ديارنا - اه ص ٣٠ .

(١) و فى الدر المنثور : و أخرج ابن جرير و ابن أبي حاتم عن قتادة فى قوله "هو الذى سخر البحر لتاكلوا منه لحما طريا " يعنى حيتان البحر " و تستخرجوا منه حلية تلبسونها " قال : هذا اللؤلؤ ؛ و أخرج ابن أبي شيبة عن أبي جعفر قال : ليس فى الحلى زكاة ، ثم قرأ " و تستخرجوا منه حلية تلبسونها " - اه ج ٤ ص ١١٣ .

قلت : و قال ابن جرير فى تفسير سورة النحل ج ١٤ ص ٥٦ : حدثنى المثنى قال أخبرنا إسحاق قال أخبرنا هشام عن عمرو عن سعيد عن قتادة فى قوله " و هو الذى سخر البحر لتاكلوا منه لحما طريا " قال : منهما جميعا " و تستخرجوا منه حلية تلبسونها " قال : هذا اللؤلؤ - اه . و قال أيضا : حدثنى المثنى قال أخبرنا إسحاق =

و لو حلف رجل لا يقطع بهذه[1] السكين أو بهذا المقص[2] أو بهذا الجلم[3] فكسره فجعل منه سكينا أخرى أو جلما آخر ثم عمل به و قطع: لم يحنث .

و لو حلف لا يتزوج اليوم و لا نية له فتزوج امرأة بغير شهود ٥ كان فى القياس أن يحنث ، و لكنى أدع القياس فلا يحنث . ألا ترى أنه لو تزوج أمه أو أخته أو امرأة لها زوج لم يحنث ! فكذلك إذا تزوج امرأة بغير شهود ، لأنه لا نكاح إلا بولى وشاهدين ؛ للأثر[4] الذى

= ثنا حماد عن يحي قال ثنا إسمعيل بن عبد الملك قال : جاء رجل إلى أبي جعفر قال : هل فى حلى النساء صدقة ؟ قال : لا، هى كما قال الله تعالى "حلية تلبسونها" الخ .

(١) و فى ه « بهذا » و كذلك هو فى المختصر و شرحه . و فى المصباح المنير : حكى ابن الأنبارى فيه التذكير و التأنيث ، و قال السجستانى : سألت أبا زيد الأنصارى و الأصمعى و غيرهما ممن أدركنا فقالوا : هو مذكر ، وأنكروا التأنيث ، وربما أنث فى الشعر على معنى الشفرة ، و أنشد الفراء : بسكين موثقة النصاب ؛ و لهذا قال الزجاج : السكين مذكر و ربما أنث بالهاء لكنه شاذ غير مختار - الخ ج ١ ص ١٩٩ .

(٢) القص : القطع ، و المقص آلة منه .

(٣) و فى المصباح : الجلم بفتحتين : المقراض .

(٤) و فى نصب الراية تحت قول صاحب الهداية « لا نكاح إلا بشهود » : و فى الباب أحاديث منها ما أخرجه ابن حبان فى صحيحه عن سعيد بن يحيى بن سعيد الأموى ثنا حفص بن غياث عن ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهرى عن عروة عن عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : « لانكاح =

جاء عن رسول الله صلى الله عليه و سلم .

و لو حلف لا يشترى عبدا فاشترى عبدا بيعا فاسدا حنث ، و هذا و النكاح سواء فى القياس فى قول أبى حنيفة و أبى يوسف و محمد[1] ، و لكنى أستحسن فى البيع . ألا ترى أنه لو أعتق هذا العبد جاز عتقه بعد أن يقبضه ا و لو طلق المرأة و النكاح فاسد لم يقع ذلك موقع ٥ الطلاق .

باب الأيمان على الصلاة و الصيام و الزكاة

و لو حلف[2] ليصلين اليوم ركعتين تطوعا فصلى ركعتين و هو على غير وضوء كان فى القياس يحنث ، و لكنا لا نأخذ فى هذا بالقياس ، و نقول[3] : لا يحنث ، و إنما نضع هذا على صلاة صحيحة . ١٠

و لو حلف لا يصلى فافتتح الصلاة فقرأ ثم تكلم لم تكن صلاة ،

= إلا بولى و شاهدى عدل ، و ما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل ، فان تشاجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » - انتهى ؛ أخرجه فى النوع الثامن و التسعين من القسم الأول ، ثم قال : لم يقل فيه « و شاهدى عدل » إلا ثلاثة أنفس : سعيد بن يحيى الأموى عن حفص بن غياث ، وعبد الله بن عبد الوهاب الحجبى عن خالد بن الحارث ، و عبد الرحمن بن يونس الرقى عن عيسى بن يونس ، و لا يصح فى ذكر الشاهدين غير هذا الخبر - انتهى كلامه . اهـ ج ٣ ص ١٦٧ .

(١) كذا فى أكثر الأصول ، و فى هـ « و محمد و أبى يوسف » .

(٢) و فى هـ « و لو حلف الرجل » .

(٣) و فى هـ « و تقول » ، و هو فى م مهمل .

و كذلك لو ركع ما لم يسجد ، لأنك لا تستطيع أن تقول : قد صلى ؛ حتى يصلى ركعة بسجدة أو سجدتين ، و هذا استحسان ، و فى القياس يحنث .

و لو حلف رجل لا يصوم فأصبح صائما ثم أفطر حنث ، لأنه قد صام . و لو حلف لا يصوم يوما ثم صام ثم أفطر قبل[1] الليل ٥ لم يحنث .

و لو حلف ليفطرن[2] عند فلان و لا نية له فأفطر على ماء و تعشى عند فلان كان قد حنث . و إن كان قد نوى حين حلف العشاء لم يحنث .

و لو حلف لا يتوضأ بكوز لفلان فوضأه فلان فصب عليه الماء من كوز لفلان فتوضأ [3]و ليست له نية حنث ، وكوز الصفر و الأدم ١٠ و غير ذلك فى هذا سواء . و لو توضأ[3] باناء لفلان غير الكوز لم يحنث.

و كذلك لو حلف لا يشرب بقدح لفلان ، و لو كان فلان هو الذى وضأه و غسل يديه و وجهه و رجليه لم يحنث ، لأنه لم يتوضأ .

باب الحنث فى اليمين و المشى إلى بيت الله تعالى[4]

و لو أن رجلا تزوج أمة ثم قال لها « إذا مات فلان مولاك

---

(١) سقط لفظ « قبل » من م .

(٢) و فى هـ « لا يفطرن » تحريف .

(٣ - ٣) من قوله « و ليست له نية ... » ساقط من هـ .

(٤) كذا فى الأصول . و فى المختصر و شرحه « باب اليمين فى العتق » .

فأنت

فأنت طالق ثنتين » فمات المولى و الزوج وارثه لا يعلم له وارث غيره[١]
فانه يقع عليها الطلاق كله ، و لا تحل له[٢] حتى تنكح زوجا غيره .
ألا ترى أنه لو قال « إذا مات مولاك فملكتك فأنت حرة » ثم قال
« إذا مات مولاك فملكتك فأنت طالق » ثم مات المولى فورثها الزوج
أن العتق يقع و لا يبطل[٣] الطلاق ! لأنهما وقعا جميعا بعد الملك ٥
بلا فصل ، و وقع[٤] فى الباب الأول مع الملك بلا فصل .

و إذا كان للرجل أمة فقال لها « إذا مات فلان فأنت حرة »
فباعها من فلان ثم تزوجها ثم قال لها « إذا مات مولاك فأنت طالق
ثنتين » ثم مات المولى و هو وارثه فانه لا يقع العتق ، و يلزمه الطلاق
من قبل أن العتق لا يقع إلا بعد الملك و كان الملك بعد الموت ١٠
بلا فصل فقد حنث قبل أن يقع العتق ، لأن العتق هٰهنا لا يقع إلا بعد
الموت ، و الملك يقع بعد الموت بلا فصل ، و الطلاق يقع بعد حال
واحد[٥] ، و العتق لا يقع إلا من بعد حالين بلا فصل ، و الطلاق أولى ،
و لا يقع العتاق لأنه حنث و هو فى غير ملكه . أرأيت لو قال « إذا

---

(١) سقط لفظ « غيره » من ﻫ .

(٢) سقط لفظ « له » من ﻫ .

(٣) فى م « و يبطل » .

(٤) زاد فى ﻫ بعد قوله « و وقع » : « لأنه لا عتق فى المسألة الأولى و ليس إلا الطلاق » ؛ و فى م « وقعا » بالتثنية .

(٥) سقط لفظ « واحد » من ﻫ .

مات فلان و هو يملكك فأنت حرة » أو قال « إذا مت فلان و هو يملكك فأنت طالق ثنتين » فانها مثل الأولى ! أرأيت لو قال « إن مات فلان و أنا أملكك فأنت حرة » هل يقع العتاق ! ألا ترى أن العتاق لا يقع فى هذا و لا فى الباب الأول - و هذا قول أبى يوسف ؛ و قال ٥ زفر[٢]: يقع العتاق و لا يقع الطلاق . و قال محمد: لا يقع العتاق و لا الطلاق ، لأن العتاق وقع هو[٣] و الملك جميعا معا ، و لا يقع طلاق الرجل على ما لا يملك فيفسد النكاح بالملك دون الطلاق .

و إذا قال الرجل لأمته « إذا باعك فلان[٤] فأنت حرة » فباعها من فلان و قبضها ثم اشتراها منه فانها[٥] لا تعتق[٦] ، لأنه لم يحنث و هى ١٠ فى ملكه . أرأيت لو قال « إن وهبك فلان فأنت حرة » فباعها من فلان و قبضها ثم استودعها البائع ثم قال البائع « هبها لى » فقال « هى لك » أنها له ! و هذا قبول . و لا تعتق[٧] لأن العتق و الهبة وقعا

(١ - ١) من قوله « فأنت حرة » ساقط من ز .

(٢) و فى م « أبو يوسف » مكان « زفر » تحريف .

(٣) سقط لفظ « هو » من ه .

(٤) و فى ه « إذا بعتك » .

(٥) كذا فى ه ؛ و فى ع ، ز ، م « فانه » و الصواب ما فى ه .

(٦) و فى ع « لا يعتق » و هو موافق لقوله « فانه » لكن المسألة فى الأمة دون العبد ، و هو فى م مهمل .

(٧) و فى الأصل « ولا يعتق » و لا يصح . و الصواب « ولا تعتق » كما فى ه ، ز ؛ و هو فى م غير منقوط .

وهى فى ملك غيره . ألا ترى أن ملكه وقع فيها بعد خروجها من ملك الأول[١] ! فكذلك لا تعتق إلا بعد ملكه ، وإنما وقع الحنث قبل الملك ، لأن الحنث وقع مع خروجها من ملك الأول وملك الثانى معا فلا تكون فى حال واحدة حرة رقيقة[٢] .

ولو قال « إذا وهبك فلان منى فأنت حرة » فوهبها له وهو ٥ قابض لها عتقت . وكذلك لو قال « إذا باعك فلان منى[٣] فأنت حرة » فاشتراها عتقت .

ولو قال رجل « يا فلان ! والله لا أكلمك عشرة أيام ، والله لا أكلمك تسعة أيام ، والله لا أكلمك ثمانية أيام » فقد حنث

(١) سقط لفظ « الأول » من ه .

(٢) كذا فى الأصول ، ولعل الصواب « حرة ورقيقة » سقط حرف الواو منها والله أعلم . وفى المختصر وشرحه للسرخسى: (وإذا قال لأمته : إذا باعك فلان فأنت حرة ، فباعها من فلان ثم اشتراها منه لم تعتق) لأن الشرط بيع فلان إياها ، وبيع فلان من الحالف سبب لزوال ملكه ، فأما وقوع الملك للحالف بشرائه لا ببيع فلان ، فلهذا لا تعتق (ألا ترى أنه لو قال: إذا وهبك لى فلان فأنت حرة ، فباعها من فلان وسلمها ثم استودعها البائع ثم قال للبائع : هبها لى ، فقال : هى لك ؛ أنها له وهذا قبول ولا تعتق) لأن العتق والهبة وقعا وهى فى ملك غيره ، فانه إنما يملكها بالهبة والشراء بعد خروجها من ملك البائع والواهب ، فكان العتق متصلا بزوال ملك البائع والواهب ، أو مقترنا بوقوع الملك للحالف ، ولا ينفذ العتق إلا بعد تقدم الملك فى المحل ـ اه ص ٣٣ .

(٣) وفى ه « منى » .

مرتين[١] ، و عليه اليمين الآخرة إن كلمه الثالثة فى الثمانية الأيام وجبت عليه كفارة أخرى . فان قال « و الله لا أكلمك ثمانية أيام[٢] ، و الله لا أكلمك تسعة أيام ، و الله لا أكلمك عشرة أيام » فان عليه كفارتين ، و إن كلمه فى[٣] الثمانية الأيام و التسعة الأيام و فى اليوم العاشر حنث .

٥ و إذا حلف الرجل فقال عليه[٤] المشى إلى بيت الله تعالى و كل مملوك له حر و كل امرأة له طالق ثلاثا إن دخل هذه الدار ، ثم قال رجل آخر « و على[٥] مثل جميع ما جعلت على نفسك من هذه الأيمان[٦] إن دخلت الدار » فدخل الثانى الدار فانه يلزمه المشى إلى بيت الله تعالى ، و لا يلزمه عتق و لا طلاق[٧] . ألا ترى أنه لو قال « على طلاق

(١) لأنه باليمين الثانية صار مخاطبا له فيحنث فى اليمين الأولى ، و باليمين الثالثة صار مخاطبا له فيحنث فى اليمين الثانية (و عليه اليمين الثالثة حتى إن كلمه فى الثمانية الأيام حنث أيضا) ـ اه ما قاله السرخسى ص ٣٤ .

(٢) سقط لفظ « أيام » من ﻫ .

(٣) سقط لفظ « فى » من ﻫ .

(٤) و فى ﻫ « على » مكان « عليه » .

(٥) و فى ﻫ ، ز « على» سقط حرف الواو منهما .

(٦) و فى ﻫ « الأيام » مكان « الأيمان » .

(٧) لأن الثانى صرح بكلمة « على » و هى كلمة الالتزام فكانت عاملة فيما يصح التزامه فى الذمة دون ما لا يصح التزامه فى الذمة ، و المشى إلى بيت الله تعالى يصح التزامه فى الذمة فيتعلق بدخوله الدار ، و عند الدخول يصير كالمنجز ، =

امرأتى

امرأتى[1]، و لله[2] على طلاق نسائى ، أن الطلاق لا يقع عليهم ! ولا يكون الطلاق قربة[3]، و ليس عليه أن يتم ذلك[4] .

= فأما الطلاق لا يصح التزامه فى الذمة، و العتق و إن كان يصح التزامه فى الذمة و لكن لا يتنجز فى المحل بدون التنجيز فلهذا لا يعتق مملوكه و لا تطلق زوجته إذا دخل الدار؛ و ذكر فى اختلاف زفر و يعقوب أن الرجل إذا قال لامرأته : أنت طالق إن دخلت الدار . و قال آخر : على مثل ذلك فى امرأتى من الطلاق إن دخلتها، فدخل الثانى الدار لم تطلق امرأته عند أبى يوسف ، و طلقت عند زفر لأنه ألزم نفسه عند دخول الدار فى امرأته من الطلاق ما التزمه الأول ، و الأول إنما ألزم نفسه وقوع الطلاق عليها عند الدخول لا لزوم الطلاق دينا فى ذمته فيثبت ذلك فى حق الثانى ـ اه ما ذكره السرخسى فى شرح المختصر ص ٣٤ .

(١) و فى ز «.وامرأتى » تحريف .

(٢) و فى م « أو و لله » .

(٣) و فى هـ ، م « قربة إلى الله تعالى » .

(٤) قال السرخسى فى شرح المختصر فى تكملة شرح المسألة ص ٣٤ : قال فى الكتاب (ألا ترى أنه لو قال : لله على طلاق امرأتى ، لا يلزمه شىء) و هذا يصير رواية فى فصل ، وفيه اختلاف أن من قال لامرأته «طلاقك على واجب» أو« طلاقك لى لازم » فكان محمد بن سلمة يقول : يقع الطلاق فيهما جميعا ، و العراقيون من مشايخنا كانوا يقولون فى قوله « على واجب » : لا يقع ، وفى قوله « لى لازم » : يقع ، و الأصح ما ذكره محمد بن مقاتل عند أبى حنيفة : لا يقع الطلاق فيهما جميعا لأن الوجوب و اللزوم يكون فى الذمة ، و الطلاق لا يلتزم فى الذمة. و ليس لا لتزامه فى الذمة عمل فى الوقوع ؛ و على قول محمد =

و لو قال « و الله لأطلقهن [١] » فهذا رجل حلف [٢] ليطلقن [٣] نساءه ، و لا يقع [٤] عليهن الطلاق حتى يفعل . و أما العتق فقد جعل [٥] عليه عتق رقبة فان وفى بذلك فهو أفضل ، و إن لم يف [٦] بذلك لم يؤخذ به القضاء . أ لا ترى أن رجلا لو قال « لله على أن أعتق عبدى » لم يعتق ٥ العبد بهذا القول ، و لكن الأفضل أن يفى بذلك ، فهذا أشد من الأولى ، و الأولى [٧] أضعف . أ لا ترى أن رجلا لو قال عبده سالم حر إن

= فى قوله « لى لازم » يقع ؛ لأن معناه حكم الطلاق « لى لازم » وجعل السبب كناية عن الحكم صحيح ؛ و على قول أبي يوسف ينوى فى ذلك لاحتمال أن يكون المراد لزوم الحكم إياه ، فاذا نوى الوقوع وقع ، فأما العتق فقد جعل الثانى بهذا اللفظ عليه عتق مماليكه فيؤمر بالوفاء بالنذر من غير أن يجبر عليه فى القضاء ، كما لو قال « لله على أن أعتق عبدى هذا » لم يعتق بهذا القول (و لكن الأفضل له أن يفى به) معناه أن يؤمر بالوفاء فيما بينه و بين ربه كما هو موجب نذره ـ اهـ ج ٩ ص ٣٥ .

(١) و فى ز « لاطلقن » .

(٢) سقط لفظ « حلف » من هـ .

(٣) و فى م « ليطلق » .

(٤) و فى م « فلا يقع » .

(٥) و فى هـ « جعله » و فى البقية بغير ضمير المفعول .

(٦) و فى ز « يوف » .

(٧) سقط قوله « والأولى » من الأصل العاطفى ، موجود فى بقية الأصول .

دخل الدار فقال رجل آخر[1] « علىّ مثل ما جعلت على نفسك[2] إن دخلت الدار » فدخلها أنه لا شىء عليه! لأنه لا يكون عليه عتق سالم لأنه لا يملكه . فان كان عنى بذلك[3] عتق[4] عبد من عبيده الذى يملك فالأحسن أن يفى بذلك، و هو آثم إن لم يف بذلك[5] .

و أما المشى إلى بيت الله تعالى و الحج و العمرة و النذر و الصيام ٥ وكل شىء يتقرب به العبد إلى ربه[6] عز و جل حلف به رجل فقال رجل آخر « علىّ مثل ما حلفت[7] به إن[8] فعلت » ففعل الثانى فانه عليه . وكذلك لو قال الأول « على عتق نسمة إن فعلت كذا وكذا » ففعل إن عليه ذلك، لأنه قربة إلى الله تعالى فعليه الوفاء بذلك عتق نسمة[9] .

---

(١) سقط لفظ « آخر » من م .

(٢) و فى ز « لنفسك » .

(٣) كذا فى م ، و سقط لفظ « بذلك » من ه ، ع . ز . و فى المختصر و شرحه « به » مكان « بذلك » وكذلك فى الحرف الثانى الآتى بعد .

(٤) سقط لفظ « عتق » من م .

(٥) سقط لفظ « بذلك » من ه ، ز . وفى المختصر و شرحه للسرخسى ص ٣٥: (فالأحسن له أن يفى به ، و هو آثم إن لم يف به) لترك الوفاء بالنذور ، وبيانه فى قوله تعالى " و منهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله " الآية ـ اه .

(٦) وفى ه « إلى الله » ولم يذكر اسم الجلالة فى ز ولا لفظ « ربه » ؛ وفى الأصل وكذا فى م و المختصر « إلى ربه » و أثبتناه فى المتن .

(٧) و فى ه « حلت » تصحيف .

(٨) و فى ه « و إن » و زيادة الواو تحريف .

(٩) وفى المختصر و شرحه للسرخسى ج ٩ ص ٣٥ : (وكذلك لوقال الأول: =

آخر كتاب الأيمان و الكفارات ،

تم الجلد الأول من كتاب الأصل للعلامة الجوزجانى تغمده الله برحمته ، و أدخله بحبوح جنته بمحمد و آله و صحبه و سلم ١ .

= على عتق نسمة إن فعلت كذا ؛ ففعل فعليه عتق نسمة) لأنه قربة يصح التزامها فى الذمة بالنذر ، والوفاء بالنذور يؤمر به الناذر بينه و بين ربه ـ و الله أعلم .

(١) وكان فى آخر نسخة العاطف آفندى : « وكان الفراغ من كتابته يوم الاثنين المبارك سابع و عشرين [من] شهر الله المحرم الحرام من شهور سنة خمسين و تسعمائة » . قلت : اتفقت نسخ كتاب الأصل على هذا الترتيب إلى ختم كتاب الأيمان ، و اختلفت فيما بعده ، ففى بعضها كتاب المكاتب ، منها نسخة هندية التى نسخها دائرة المعارف لطبع الكتاب ، و فى بعضها بعد الأيمان كتاب الجنايات بعدها الحدود و بعدها السرقة بعدها الإكراه بعده السير ، منها نسخة العاطف . و فى بعضها الحدود بعد الأيمان بعدها السرقة بعدها الإكراه بعده السير ، كما فى نسخة دار الكتب المصرية . وفى بعضها بعد الأيمان كتاب البيوع و السلم لكنها من رواية أبى حفص ، و هكذا فى نسخة مراد ملا بعدها الفرائض بعدها المكاتب . فالاضطراب فى ترتيب الأصل موجب لاضطراب القلوب و تشويشها فلعله بسبب خلط الروايتين رواية أبى حفص و رواية أبى سليمان ـ و الله أعلم . و أما ترتيب المختصر الكافى فبعد الصوم كتاب الحيض و بعده المناسك و بعده النكاح وبعده الطلاق و بعده العتاق بعده المكاتب بعده الولاء بعده الأيمان بعدها الحدود بعدها السرقة بعدها السير بعده الاستحسان بعده التحرى، وهذا الترتيب أحسن من ترتيب كتاب الأصل ، ووافقنا الهندية فى الترتيب فألحقنا المكاتب بالأيمان لأنها موجودة نسخت للطبع .

كتاب المكاتب*

(*) قال السرخسى فى شرح كتاب المكاتب من مختصر الحاكم : الكتابة هو الضم و الجمع ، يقول : كتب البغلة - إذا جمع بين شفرتيها بحلقة ، و منه فعل الكتابة لما فيها من الضم و الجمع بين الحروف ، فسمي العقد الذى يجرى بين المولى و عبده بطريق المعاوضة كتابة ، لأنه لا يخلو عن كتبة الوثيقة عادة ، و لهذا سمى مكاتبة على ميزان المفاعلة ، لأن العبد يكتب لمولاه كما يكتب المولى لعبده ليكون فى يد كل واحد منهما مايتوثق به ، أوسمى كتابة لأن المولى به يضم العبد إلى نفسه فى إثبات صفة المالكية له يدا ، فان موجب هذا العقد ثبوت المالكية للعبد يدا فى نفسه و كسبه ، لأن المالكية عبارة عن ضرب قوة ، و قد ثبتت له هذه القوة بنفس العقد حتى يختص بالتصرف فى منافعه و مكاسبه و يذهب للتجارة حيث شاء ، و لهذا لا يمنعه المولى من الخروج للسفر ، و لو شرط عليه أن لا يخرج كان الشرط باطلا لأن ذلك ثابت له بضرورة هذه المالكية ، و مقصود المولى من إثبات هذه المالكية له أن يتمكن من أداء المال بالتكسب ، و ربما لا يتمكن منه إلا بالخروج من بلدة إلى بلدة ، و موجب العقد ما يثبت بالعقد المطلق ، ثم عتقه عند أداء المال لاتمام هذه المالكية ، لأن العقد معاوضة فيقتضي المساواة بين المتعاقدين ، و أصل البدل يجب للمولى فى ذمته بنفس العقد و لكن لا يتم ملكه إلا بالقبض ، لأن الذمة تضعف بسبب الرق ، فان صلاحية الذمة لوجوب المال فيها من كرامات البشر و ذلك ينتقض بالرق ، كالحل الذى ينبنى عليه ملك النكاح ، و لهذا لا يثبت الدين فى ذمة العبد إلا متعلقا بمالكية رقبته ، و هذا لا يتحقق فيما كان واجبا للمولى ، لأن المالكية حقه ، فلهذا كان ما يجب له ضعيفا فى ذمته فثبت للعبد بمقابلته مالكية ضعيفة أيضا ، ثم إذا تم الملك للمولى بالقبض تم المالكية للعبد أيضا ، و تمام المالكية لا يكون إلا بالعتق فيعتق لضرورة إتمام المالكية - اه ج ٨ ص ٢ . قال السرخسى فى شرح المختصر ج ٧ =

=ص٥٠٢ باب المكاتب: ثم جواز هذا العقد ثبت بالنص، قال الله تعالى "والذين يبتغون الكتاب مما ملكت ايمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا" اهـ ج٧ ص ٢٠٨. قال السرخسي: اختلف الصحابة فى وقت عتق المكاتب، فكان ابن عباس رضي الله عنهما يقول: كما أخذ الصحيفة من مولاه يعتق، يعني بنفس العقد، لأن الصحيفة عند ذلك تكتب، وكأنه جعل الكتابة واردا على الرقبة كالعتق بجعل يعتق بالقبول و هو غريم للولى فيما عليه من بدل الكتابة، وكان ابن مسعود رضي الله عنه يقول: إذا أدى قيمة نفسه عتق و هو غريم للولى فى الفضل، فكأنه اعتبر وصول قدر مالية الرقبة إلى المولى ليندفع به الضرر عنه، وكان على رضي الله عنه يقول: يعتق بقدر ما أدى، فكأنه يعتبر البعض بالكل، و هو بناء على قوله: يعتق الرجل من عبده ما شاء، وكان زيد بن ثابت رضي الله عنه يقول: هو عبد ما بقي عليه درهم، و به أخذ جمهور الفقهاء و قالوا: لا يعتق ما لم يؤد جميع البدل، و الدليل عليه الحديث الذى بدأ به الكتاب، و رواه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال: من كاتب عبده على مائة أوقية فأداها إلا عشر أواق فهو رقيق. (قال الزيلعي: أخرجه أصحاب السنن الأربعة - راجع ج ٤ ص ١٤٢ من نصب الراية) إلى آخر ما ذكر من الآثار بالاختصار شارحا لها فى شرح المختصر ج٧ ص ٢٠٦. قلت: رواه فى الأصل عن أبي يوسف: حدثنا الحجاج بن أرطاة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده - الحديث (قلت: وكذلك رواه ابن ماجه من طريق عبد الله بن نمير و محمد بن فضل عن حجاج بن أرطاة، و تابع الحجاج عباس الجريرى عند أبي داود و الدارقطني و يحيى أبي أنيسة عند الترمذى) ثم روى بعده أخبارا موقوفة أنا أنقلها لها كلها هنا:

قال: أخبرنا محمد قال أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن زيد بن ثابت أنه قال: المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، و إن مات قبل أن يؤدى مكاتبته أخذ ماله كله. محمد عن أبي يوسف عن عطاء بن السائب عن أبي عبد الرحمن السلمى =

= عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال "وآتوهم من مال الله الذي آتاكم" قال: ربع المكاتبة. أخبرنا محمد عن شيخ عن عكرمة عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه حط عن مكاتب أول نجم حل عليه و قرأ هذه الآية "وآتوهم من مال الله الذي آتاكم". أبو يوسف قال: حدثنا محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن مكاتبا له عجز فكسر مكاتبته و رد في الرق. أبو يوسف: حدثنا الحجاج بن أرطاة عن سماك بن حرب أن محمد بن أبي بكر كتب إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه يسأله عن مكاتب مات و ترك مالا فكتب إليه على أن يؤدي مكاتبته، و ما بقي فهو ميراث لورثته. أبو يوسف عن الحجاج بن أرطاة عن حسين بن عبد الرحمن عن عامر الشعبي عن الحارث عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه كان يقول: إذا اجتمع على المكاتب نجمان قد حلا رد في الرق. أبو يوسف عن إسمعيل بن أبي خالد عن عامر الشعبي عن عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: إذا مات المكاتب فانه يؤدي مكاتبته، و ما بقي فهو ميراث. أبو يوسف عن أبي إسحاق الشيباني عن عامر عن شريح أنه قال: يضرب مولى المكاتب بما حل عليه مع الغرماء. أخبرنا محمد قال أخبرنا أبو حنيفة عن إبراهيم عن علي و عبد الله وشريح قالوا: إذا مات المكاتب وترك مالا أدى ما بقي من مكاتبته، و كان ما بقي ميراثا لورثته. أبو يوسف عن بعض العلماء عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: إذا كاتب المكاتب مولاه فهو غريم من الغرماء. أبو يوسف عن الأعمش عن إبراهيم عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال: إذا أدى المكاتب قيمة رقبته فهو غريم. أبو يوسف عن الأعمش عن إبراهيم عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: يعتق عنه بقدر ما أدى. محمد قال أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال: إذا أدى المكاتب قيمة رقبته فهو غريم. أبو يوسف عن الأعمش عن إبراهيم عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: يعتق عنه بقدر ما أدى. محمد عن أبي حنيفة عن الهيثم عن عائشة رضي الله عنها أن مكاتبا لها كان يدخل عليها =

أبو سليمان قال محمد بن الحسن ، قلت : أرأيت الرجل يكاتب عبدا له على ألف درهم و ينجمها عليه نجوما يؤديها فى كذا كذا سنة فى كل سنة كذا كذا[1] أو لكل[2] شهر كذا كذا هل يجوز ذلك ؟ قال : نعم .

= فلما أدى احتجبت منه . أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال : قول زيد بن ثابت فى المكاتب ما دام حيا أحب إلىّ من قول على و عبد الله وشريح ، وقول على وعبد الله وشريح فى الموت أحب إلىّ من قول زيد . محمد عن أبى يوسف عن الكلبى فى هذه الآية " وآتوهم من مال الله الذى آتاكم " قال : حصر المولى وغيره على المكاتب .

و كل هذا ذكره فى ابتداء باب المكاتب فى آخر كتاب العتاق من كتاب الأصل ، نقلتها من نسخة مكتبة عاطف . و ذكر فى نسخة العاطف آثارا سواها فى كتاب المكاتب لم يذكرها فى الهندية و لا فى نسخة مراد ملا و لا فى جزء دار الكتب رقم ٣٣ ، و هى هذه : أبو يوسف قال : حدثنا إسمعيل بن أبى خالد عن عامر الشعبى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أنه قال فى المكاتب إذا مات و ترك مالا : إنه يؤدى ما بقى من مكاتبته ، و ما بقى فهو ميراث لورثته . أبو يوسف قال حدثنا الحجاج بن أرطاة عن سماك بن حرب عن على بن أبى طالب رضى الله عنه مثل ذلك . و قال : حدثنا محمد قال حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن عبد الله بن مسعود و على بن أبى طالب و شريح مثل ذلك - اه .

قلت : و طريق ه ، م ، د طريق السؤال و الجواب ، و دأب نسخة عاطف سرد المسائل من غير طريق السؤال والجواب كما فى المختصر ، و نسخة الأزهر انتهت بختم كتاب الأيمان ، و نسخة الدار مخرومة فى ابتدائها و سقطت منها خمسة أوراق بعد الورقة الأولى ، و المخروم فيها إلى ورقة الثالثة عشر .

(١) سقط لفظ « كذا » الثانى من ه .
(٢) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « كل » .

قلت: أرأيت إن لم يكتب فى مكاتبته «إنك حر إذا أديت إلىّ جميع المكاتبة»، هل يعتق إذا أدى إليه جميع المكاتبة؟ قال: نعم. و هو بمنزلة قوله «إذا أديت إلىّ فأنت حر».

قلت: أرأيت إن لم يكن ضرب للمكاتبة[1] أجلا و إنما قال «قد كاتبتك على مائة درهم»، هل يجوز ذلك؟ قال: نعم. قلت: فمتى ٥ يحل عليه المكاتبة؟ قال: المكاتبة[2] حالة فان أداها إذا طلبه بها السيد و إلا ردّ فى الرق.

قلت: أرأيت رجلا كاتب عبدا له و نجمها عليه نجوما و لم يكتب فى مكاتبته إذا عجز عن النجم فهو مردود فى الرق؟ قال: فاذا عجز عن أول نجم اشترط ذلك السيد أو لم يشترط فهو مردود فى الرق. ١٠

قلت: أرأيت المكاتب أ له أن يتزوج[3] بغير إذن مولاه؟ قال: لا. قلت: و كذلك المكاتبة[4]؟ قال: نعم.

قلت: فهل للمكاتب أن يخرج من المصر بغير إذن مولاه؟ قال: نعم. قلت: و لم؟ قال: لأن المكاتب له أن يطلب و يسعى فيما يؤدى به مكاتبته، و ليس للسيد أن يمنعه من ذلك. قلت: وكذلك المكاتبة؟ ١٥ قال: نعم.

---

(١) و فى ه «للكاتب».

(٢) و فى ه «الكتابة».

(٣) و فى ه «تزوج» و فى م «يزوج» و الصواب «أن يتزوج».

(٤) كذا فى م، و فى ه «المكاتب» تصحيف.

قلت : أرأيت إن اشترط عليه أن لا يخرج من المصر إلا باذنه هل يجوز ذلك ؟ قال : لا ، و الشرط باطل .

قلت : أرأيت رجلا كاتب عبدا له أو أمة كاتبها[1] على كرّ حنطة أو كرّ شعير أو سمى طعاما جيدا أو رديا أو وسطا هل يجوز ذلك ؟ ٥ قال : نعم . قلت : وكذلك لو كاتبه على زيت أو سمن أو شيء مما يكال أو يوزن ؟ قال : نعم .

قلت : أرأيت رجلا كاتب عبدا له أو أمة على ألف درهم أو على مائة دينار و نجمها عليه نجوما فان عجز عن نجم منها فمكاتبته[2] ألفا درهم هل يجوز هذه المكاتبة ؟ قال : لا . قلت : لم ؟ قال : لأنه اشترط ١٠ ما ذكرت لك[3] .

قلت : أرأيت رجلا كاتب عبدا له على نفسه و ماله على ألف درهم و للعبد ألف درهم أو أكثر من ذلك هل يجوز ذلك ؟ قال : نعم . قلت : وكذلك لو كاتب على ألف دينار و للعبد أكثر من ذلك ؟ قال : نعم .

---

(١) كذا في م ، و لم يذكر لفظ « كاتبها » في ه .

(٢) و في ه « فمكاتبه » و في نسخة من المختصر « فكاتبه » و لم نفهم ما في م ، و الصواب « فمكاتبته » كما في النسخة الصحيحة من المختصر .

(٣) و في المختصر و شرحه للسرخسي ج ٨ ص ٤ (فان كاتبه على ألف منجمة فان عجز عن نجم فمكاتبته ألفا درهم لم تجز هذه المكاتبة) لأن هذا العقد لا يصح إلا بتسمية البدل كالبيع ، و في باب البيع لا تصح التسمية بهذه الصفة لكونها مترددة بين الألف و الألفين ، فكذلك في المكاتبة ، و هذا في معنى صفقتين في صفقة واحدة و قد ورد النهي في ذلك ، ثم فيه تعليق وجوب بعض البدل بالخطر و هو عجزه عن أداء نجم و هذا شرط فاسد تمكن فيها هو من صلب العقد و هو البدل فيفسد به العقد ، و قد قررنا هذا الأصل في العتاق - اه .

قلت : و لم ؟ قال : لأنه لا يدخل بينه و بين عبده ربا[١] .

قلت : أ رأيت رجلا كاتب عبدا له على نفسه و ماله و فى يدى العبد رقيق لسيده أو مال لسيده أ يدخل ذلك فى ماله ؟ قال : لا. قلت : و ما الذى يدخل فى ماله من ذلك ؟ قال : ما كان اكتسبه و كان له قبل ذلك . ٥

قلت : أ رأيت إن كان له رقيق هل يدخل ذلك الرقيق فى ماله ؟ قال : نعم .

قلت : أ رأيت إن كانت عنده أعدل[٢] بز[٣] مما كان أعطاه سيده يتجر فيه هل يدخل ذلك فى ماله ؟ قال : لا .

قلت : أ رأيت[٤] إن كان عبدا مأذونا فى التجارة و كان فى يده ١٠ مال رقيق و مما كان اشترى فكاتبه السيد على نفسه و ماله هل يكون

(١) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ه (و إن كاتبه على ألف درهم على نفسه و ماله و للعبد ألف درهم أو أكثر فهو جائز، و لا يدخل بينه و بين عبده ربا) قال عليه الصلاة والسلام : «لا ربا بين العبد وسيده»؛ ثم مقصود المولى الإرفاق بعبده، و اشتراط مال العبد للعبد فى الكتابة يحقق هذا المقصود لأنه كما لا يتمكن من الكسب إلا بمنافعه : لا يتمكن من تحصيل الربح إلا برأس مال له فلتحقق معنى الإرفاق صح اشتراط ماله له، والربا هو الفضل الخالى عن العوض و المقابلة إذا كان مستحقا بمعاوضة محضة، فما يكون بطريق الإرفاق كما قررنا لا يكون ربا - اه ص ه .

(٢) كذا فى ه ، د ، و الصواب « أعدال » أو « عدول » كما هو فى م .

(٣) كذا فى د بالزاى و هو الصواب ؛ و فى ه ، م « بر » .

(٤) سقط لفظ « أرأيت » من ه .

جميع ما فى يده من ذلك فى المكاتبة؟ قال: نعم إذا كان كما ذكرت. قلت: و لم؟ قال: لأنه فى يده و مما اشترى. فأما إذا كان فى يده لعبيده[1] مال فلا يدخل ذلك فى مكاتبته إذا كاتبه على نفسه و ماله. قلت: و كذلك كل ما كان وهب له بعلم سيده؟ قال: نعم.

٥ قلت: أ رأيت إن كان وهب له مال بغير علم سيده فكاتب[2] على نفسه و ماله أيدخل ذلك فى مكاتبته؟ قال: نعم. قلت: و يجوز جميع ما ذكرت لك من المكاتبة؟ قال: نعم[3].

---

(١) كذا فى م؛ د، و فى ﻫ «لعبده».

(٢) كذا فى م، د؛ و فى ﻫ «فكاتبه».

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ج ٨ ص ٥: (فان كان فى يده مال سيده لم يدخل ذلك فى الكتابة) لأنه شرط له فى العقد مالا مضافا إليه، و إضافة المال إلى المرأ إما أن يكون بكونه ملكا له أو لكونه كسبا له، بل يده فيه يد مولاه فهو كسائر الأموال التى فى يد المولى، و إنما يدخل فى هذه التسمية كسبه من مال و رقيق و غير ذلك لأنه مضاف إليه شرعا، قال عليه الصلاة و السلام: من باع عبدا و له مال (و كذلك ما كان سيده وهبه له أو وهبه له غيره بعلمه أو بغير علمه) لأن ذلك كله كسبه فانه حصل له بقبوله، و عدم علم المولى لا يخرجه من أن يكون كسبا له، فيدخل ذلك كله فى هذه التسمية، ثم موجب عقد الكتابة أن يكون هو أحق بكسبه، و اشتراط ما اكتسبه قبل العقد ليس من جنس ما هو موجب العقد فيكون داخلا فى هذا الإيجاب، و أما مال المولى الذى ليس من كسب العبد ليس بجنس ما هو موجب العقد فلا يستحقه بهذه التسمية - اه.

قلت

قلت: أرأيت رجلا كاتب عبدا له على أن يخدمه شهرا هل تجوز هذه المكاتبة؟ قال: نعم. قلت: لِمَ و الخدمة غير معلومة؟ قال: أستحسن ذلك؛ ألا ترى أنا نجيز المكاتبة على مال ليس بمعلوم[١]. قلت: وكذلك لو كاتبه على أن يبنى له دارا قد أراه أجرها و جصها و ما يبنى بها وكذلك على أن يحفر له بئرا قد وقها[٢] و سمى طولها و قدرها و أراه المكان؟ قال: نعم هذا أيضا فى الاستحسان جائز[٣].

---

(١) و فى ه، م «معلوم».

(٢) كذا فى د، و فى ه «وبها» و هو فى م مطموس، وفى المختصر «قد سمى»؛ و لعله «قد وقتها»؛ لكنه شكله فى د «وقّـها» بالتشديد و الألف فو الله أعلم ما مراده منه.

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى: ص ٥ (وإن كاتبها على أن يخدمه شهرا فهو جائز استحسانا، و فى القياس لا يجوز) لأن الخدمة غير معلومة، و فيما لا يصح إلا بتسمية البدل لا بد من أن يكون المسمى معلوما، ثم خدمته مستحقة لمولاه بملكه رقبته، و إنما يجوز عقد الكتابة إذا كان يستحق به المولى ما لم يكن مستحقا له، و لكنه استحسن فقال: أصل الخدمة معلوم بالعرف، ومقداره ببيان المدة، و إنما تكون الجهالة فى الصفة و ذلك لا يمنع صحة تسميته فى الكتابة، كما لو كاتبه على عبد أو ثوب هرى، ثم المولى و إن كان يستخدمه قبل الكتابة فلم يكن ذلك دينا له فى ذمة العبد، و بتسميته فى العقد يصير واجبا له فى ذمته فهو بمنزلة الكسب كان مستحقا لمولاه قبل العقد، و إنما يؤدى بدل الكتابة من ذلك الكسب، و لكن لما كان وجوبه فى الذمة بالتسمية فى العقد صح العقد بتسميته (و كذلك إن كاتبه على أن يحفر له بئرا قد سمى طولها و عرضها و أراه مكانها، أو على أن يبنى له دارا قد أراه آجرها و جصها و ما يبنى =

قلت : أرأيت إن كاتبه على أن يخدم رجلا شهرا ففعل فخدم الرجل شهرا هل يعتق؟ قال: نعم . قلت : ويجوز المكاتبة على هذا فى القياس؟ قال: نعم .

قلت : أرأيت المكاتب إذا كاتبه سيده على ألف يؤديها إلى غير سيده أيجوز ذلك؟ قال: نعم . ٥

قلت: أرأيت إن كان على ألف درهم يضمنها لرجل على سيده أيجوز المكاتبة على هذا؟ قال: نعم، المكاتبة جائزة، والضمان جائز . قلت: لم أجزت المكاتبة؟ قال: لأن المكاتبة جائزة، ولأنه ليس فيها بشرط[1] لسيده، فهو بمنزلة قوله «قد كاتبتك على ألف درهم» .

١٠ قلت: أرأيت إذا ضمن لرجل[2] مالا بدون سيده سوى المكاتبة أيجوز ذلك؟ قال: لا . قلت: ولم[3]؟ قال: [4]لأن ضمان المكاتب[4]

= بها: فهو على هذا القياس والاستحسان) الذى قلنا (وإن كاتبه على أن يخدم رجلا شهرا فهو جائز فى القياس) لأن المولى يشترط الخدمة لنفسه ثم يجعل غيره نائبا فى الاستيفاء، فهو واشتراطه الاستيفاء بنفسه سواء، إلا أنه قال هنا: يجوز فى القياس؛ بخلاف الأول، لأن خدمته لم تكن مستحقة لذلك الرجل قبل العقد، وإنما تصير مستحقة بقبوله بالعقد، فأما خدمته لمولاه وحفر البئر وبناء الدار كان مستحقا له قبل العقد بملك رقبته وذلك الملك يبقى بعد الكتابة، فبهذا الحرف يفرق بينهما فى وجه القياس - اه ص ٦ .

(١) وفى د «شرط» .

(٢) كذا فى د، وفى هـ «الرجل» .

(٣) كذا فى م، د؛ وفى هـ «لم» بغير واو.

(٤ - ٤) وسقط من هـ قوله «لأن ضمان المكاتب» .

لا يجوز إلا أن يأذن له سيده، و[1] لم يأذن له. قلت: أرأيت إن ضمن سيده[2] لغير سيده عن سيده[3] أو أحال سيده عليه بمال من المكاتبة هل يجوز الضمان على هذا الوجه؟ قال: نعم. قلت: لم؟ قال: لأنه أحاله من المكاتبة.

قلت: أرأيت رجلا كاتب عبدا له على مال أو نجمها عليه نجوما ثم ٥ صالحه السيد على أن يعجل له بعض المكاتبة و حط عنه ما بقى هل يجوز ذلك؟ قال: نعم. قلت: و لِـمَ و أنت تكرهه فى الدين؟ قال: لأن المكاتب بمنزلة عبده فلذلك لم أكرهه، و لا يكون هذا بمنزلة الحق.

قلت: أرأيت إن صالحه من المكاتبة على عبد بعينه هل يجوز ذلك؟ قال: نعم. قلت: وكذلك لو صالحه على غير ذلك من العروض ١٠ بعينه على دار أو أرض أو طعام أو غير ذلك؟ قال: نعم.

قلت: أرأيت إن افترقا قبل أن يقبض ذلك السيد هل يفسد

---

(١) و فى م «او» و ليس بشىء.

(٢) كذا فى الأصول، و الظاهر أن لفظ «سيده» زائد لا حاجة إليه - و الله أعلم؛ و لم يذكره فى المختصر.

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ٦: (وكذلك إن كاتبه على ألف درهم يضمنها لرجل عن سيده فالكتابة و الضمان جائزان) و هذا ليس بضمان، هو تبرع من المكاتب، بل هو التزام أداء مال الكتابة إلى من أمره المولى بالأداء إليه، و لا فرق فى حقه بين أن يلتزم الأداء إلى المولى و بين أن يلتزم الأداء إلى من أمره المولى بالأداء إليه.

ذلك الصلح ؟ قال: لا . قلت: لم ؟ قال: لأن الصلح قد وقع على شيء بعينه ؛ ألا ترى أنه لو اشترى ذلك الشيء بعينه بما عليه من المكاتبة جاز ذلك ، و لا تكون الفرقة فسادا للبيع .

قلت: أ رأيت إن صالحه على عبد إلى أجل أو ثوب إلى أجل ٥ أو طعام إلى أجل أيجوز ذلك ؟ قال: لا. قلت: لم ؟ قال: لأن هذا فاسد . قلت: و لم ؟ قال: لأنه صالحه بدين فلا يجوز .

قلت: أ رأيت رجلا كاتب عبدا له و اشترط عليه خدمته شهرا مع المكاتبة أيجوز ذلك ؟ قال: نعم .

قلت: أ رأيت رجلا كاتب عبدا له على ألف درهم و نجمها عليه ١٠ نجوما كل شهر على أن يؤدى مع كل نجم ثوبا قد سماه و سمى جنسه أ يجوز ذلك ؟ قال: نعم . قلت: و كذلك لو قال « على أن تؤدى إليّ مع مكاتبتك ألف درهم » ؟ قال: نعم . قلت: و لِمَ أجزت هذا و قد اشترط شرطا غيرها فوقعت عليه المكاتبة ؟ قال: لأن المكاتبة وقعت على جميع ما سمى ، و هو بمنزلة قوله « قد كاتبتك على كذا و كذا » .

١٥ قلت: أ رأيت إن عجز عن شيء مما اشترط عليه مع نجومه و قد أدى نجمه و قد عجز عما كان اشترط عليه من الزيادة مع النجم[1] أ[2] يرد فى الرق ؟ قال: نعم إذا عجز عما كان اشترط عليه من الرق . قلت: و كذلك لو كاتبه على مائة مثقال تبر من فضة أو ذهب هل يجوز ؟ قال: نعم .

---

(١) كذا فى د ، و فى ه « النجاء » .

(٢) سقط همز الاستفهام من ه .

قلت

قلت: أ رأيت رجلا كاتب عبدا له أو أمة على ألف درهم على أن يؤدى إليه كل شهر مائة درهم ولم يسم منتهى المكاتبة أيجوز ذلك؟ قال: نعم. قلت: ولم؟ قال: لأنه كاتبه على شيء معلوم.

قلت: أ رأيت المكاتبة التى تجوز ما هى؟ قال: كل مكاتبة على دنانير أو دراهم أو شيء مما يكال أو يوزن بعد أن يسميه أو على ثياب ٥ بعد أن يسمى جنسها أو على خادم جائز.

قلت: أ رأيت رجلا كاتب عبدا له على ألف درهم فأداها إلى السيد ثم جاء رجل فاستحق تلك الألف ما حال المكاتبة؟ قال: المكاتب حرّ يرجع عليه[1] السيد بألف مكانها. قلت: لِمَ عتق؟ قال: لأنه قد كان أدى إليه المكاتبة، ولأن المكاتبة لم تقع على هذه الألف بعينها. ١٠

باب ما لا يجوز من المكاتبة

قلت: أ رأيت رجلا كاتب عبدا له على قيمته أيجوز ذلك؟ قال: لا. قلت أ رأيت إن أدى إليه قيمته هل يعتق؟ قال: نعم. قلت: ولم؟ وأنت لا تجيز المكاتبة! قال: إنما أفسدت المكاتبة لأنه كاتبه على شيء غير مسمى، فاذا أدى إليه قيمته عتق. ١٥

قلت: أ رأيت رجلا كاتب عبدا له على ثوب ولم يسم الثوب أيجوز ذلك؟ قال: لا. قلت: وكذلك لو كاتبه على دار أو غير ذلك من العروض مما ليس بمسمى[2] ولا معلوم؟ قال: نعم. قلت: أ رأيت

(١) كذا فى م، د؛ وفى هـ «على».

(٢) كذا فى م، د؛ وفى هـ «يسمى».

إن أدى إليه ثوبا هل يعتق ؟ قال : لا . قلت : لم ؟ و أنت قد أجزت عتقه في الباب الأول ! قال : ليسا[1] سواء ، و لم يؤد في هذا الباب ما كاتبه[2] عليه ؛ ألا ترى إنما كاتبه على ثوب و لم يسمه . قلت : وكذلك لو كاتب أمة له على هذا ؟ قال : نعم .

٥ قلت : أرأيت رجلا كاتب أمة له على ألف درهم على أن يطأها ما دامت مكاتبته هل تجوز هذه المكاتبة ؟ قال : لا .

قلت : أرأيت إن كانت المكاتبة فاسدة فأدتها هل تعتق؟ قال : نعم . قلت : ولم ؟ و أنت لا تجيز المكاتبة ! قال : لأن المكاتبة معروفة ، و إنما أفسدتها[3] من قبل الشرط ، فاذا أدتها قبل أن ترد[4] عتقت .

١٠ قلت : أرأيت إن كانت مكاتبة مثلها[5] أكثر من ذلك هل يرجع السيد على شيء فضل من ذلك ؟ قال : كان قوله الأول : يرجع بفضل مكاتبة مثلها ؛ ثم رجع بعد ذلك فقال : تؤدى[6] فضل القيمة بعد ذلك - و هو قول محمد .

قلت : أرأيت إن وطئها السيد لمكاتبته التي كاتبها عليه أو كانت

---

(١) كذا في هـ ، د ؛ و في م « ليستا » تصحيف .

(٢) كذا في هـ ، م ؛ و في د « كاتب » .

(٣) كذا في م ، د ؛ و في هـ « فسدتها » .

(٤) و في د « تؤد » تصحيف .

(٥) كذا في م ، د ؛ و في هـ « قبلها » تصحيف .

(٦) و في الأصل الهندي وكذلك في المختصر « يؤدى » بالتذكير ، و الصواب « تؤدى » بصيغة التأنيث ، لأن المسألة في الأمة ؛ والحرف في م ، د غير منقوط .

قيمتها أكثر من هذه المكاتبة فأدت[١] بعد ذلك المكاتبة هل يكون لها على سيدها صداق؟ قال: نعم. قلت: و لم؟ و المكاتبة كان أصلها فاسدا[٢] و لم تكن مكاتبة صحيحة! قال: لأنها أدت فعتقت فلذلك[٣] كان على سيدها العقر[٤]. قلت: و قياس هذا غير البيع؟ قال: لا؛ ألا ترى أن رجلا لو[٥] باع شيئا بيعا فاسدا خادما[٦] فوطئها البائع ثم دفعها ٥ إلى المشترى فقبضها المشترى فعتقها لم يكن على البائع فيما وطئ شيء! لأنه قد وطئ ما يملك. قلت: وكذلك كل مكاتبة فاسدة؟ قال: نعم.

قلت: أرأيت رجلا كاتب عبدا له أو أمة له مكاتبة فاسدة ثم مات السيد قبل أن تؤدى ما حالها؟ قال: هى مملوكة للورثة، و تبطل المكاتبة. قلت: أرأيت إن أدت إلى الورثة المكاتبة بعد[٧] موت السيد؟ ١٠ قال: تعتق فى الاستحسان. قلت: فهل تعتق فى القياس؟ قال: لا. قلت: بالقياس تأخذ أم بالاستحسان؟ قال: لا، بل بالاستحسان.

قلت: أرأيت إن كاتب الرجل أمة له مكاتبة فاسدة ثم ولدت ولدا ثم ماتت المكاتبة قبل أن تؤدى ما حال الولد؟ و هل عليه أن

---

(١) كذا فى م، د؛ و فى ه «فاذن» تصحيف.

(٢) و فى الأصول «فاسد» و الصواب بالنصب ـ كما لا يخفى.

(٣) سقط قوله «فلذلك» من ه.

(٤) و فى ه «العقد» تصحيف.

(٥) سقط حرف لو من الأصول و لا بد منه.

(٦) كذا فى الأصول.

(٧) و كان فى ه، م «بغير» تصحيف و الصواب «بعد موت السيد».

يسعى فيما على امه؟ قال: الولد رقيق، و ليس عليه سعاية فى شىء.
قلت: أرأيت إن استسعاه فيما على أمه فأداه هل يعتق؟ قال: نعم.
قلت: و لِمَ؟ و[١] أصل المكاتبة كانت فاسدة و المكاتبة إنما وقعت على الأم!
قال: أستحسن ذلك، و أدع القياس فيه.

٥ قلت: أرأيت إن كاتب لأمه[٢] المكاتبة حية فولدت المكاتبة فأدت المكاتبة هل يعتق ولدها معها؟ قال: نعم. قلت: و لِمَ يعتق[٣] الولد و المكاتبة فاسدة؟ قال: لأن الولد بمنزلة الأمة[٤]، فاذا عتقت عتق.

قلت: أرأيت رجلا كاتب أمة له على أن تخدمه حياتها أو حياته هل تجوز المكاتبة؟ قال: لا. قلت: و كذلك إن كان عبدا؟ قال: نعم.

١٠ قلت: أرأيت إن كاتبها على ألف درهم على أن كل ولد تلده فهو للسيد هل تجوز المكاتبة و هذا الشرط يفسدها؟ قال: لا[٥].

---

(١) سقط الواو من هـ.

(٢) كذا فى الأصل؛ و اللفظ مطموس فى م، د؛ و لعل الصواب «إن كانت الأمة»؛ و لم يذكر الحاكم هذا الفرع فى مختصره.

(٣) كذا فى م، د؛ وفى هـ «قال» مكان «يعتق» تحريف.

(٤) كذا فى م، د؛ و فى هـ «امه».

(٥) أى لا تجوز المكاتبة. و فى المختصر وشرحه للسرخسى: (و إن كاتبها على ألف درهم على أن كل ولد تلده فهو للسيد، أو على أن تخدمه بعد العتق: فالكتابة فاسدة) لأن هذا الشرط مخالف لموجب العقد، و هو متمكن فى صلب العقد فيفسد به العقد، و لأنها بالكتابة تصير أحق بأولادها و اكسابها، و لو شرط عليها مع الألف شيئا مجهولا من كسبها لم تصح الكتابة، فكذلك إذا شرط مع الألف ما تلده لنفسه، لأن ذلك مجهول، ثم إن أدت مكاتبتها تعتق، و فيه طعن بشر، و قد بيناه فى كتاب العتاق.

قلت

قلت : أ رأيت رجلا كاتب عبدا له على ألف درهم على أن يخدمه بعد العتق و بعد أن يؤدى المكاتبة قال : هذا ؟ [١]قال : لا [١] . قلت : و لم ؟ قال : لأنه اشترط فى المكاتبة ما لا يعرف . قلت : أ رأيت إن أدى مكاتبته هل يعتق[٢] ؟ قال : نعم .

قلت : أ رأيت إذا كاتبه على ألف درهم و على وصيف مع أداء مكاتبته هل تجوز[٣] هذه المكاتبة[٤] ؟ قال : نعم .

قلت : أ رأيت رجلا كاتب عبدا له على ألف درهم[٥] و جعل أجلها إلى العطاء هل تجوز المكاتبة ؟ قال : نعم . قلت : و كذلك لو كان إلى الحصاد أو إلى الدياس أو إلى نحو ذلك [٦]مما يعرف[٦] من الأجل ؟

(١ـ١) كذا فى الأصول ، والصواب « هل يجوز هذا ؟ قال : لا » فصحف بعض الحروف و سقط بعضها ـ و الله أعلم .

(٢) و فى ه « تعتق » و هو فى م « يعتق » و هو الصواب ، و فى د هو غير منقوط .

(٣) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « تعتق » مكان « تجوز » .

(٤) كذا فى د ؛ و سقط قوله « هذه المكاتبة » من ه ، م .

(٥) كذا فى د ؛ و سقط لفظ « درهم » من م ، ه .

(٦ـ٦) كذا فى الأصول و كذا فى المختصر ، و فى شرحه « مما لا يعرف » . قال السرخسى : (و إن كاتبها على ألف درهم إلى العطاء أو الدياس أو إلى الحصاد أو إلى نحو ذلك مما لا يعرف من الأجل جاز ذلك استحسانا ، و فى القياس لا يجوز) لأن عقد الكتابة لا يصح إلا بتسمية البدل ، كالبيع ، و هذه الآجال المجهولة ، إذا شرطت فى أصل البيع فسد بها العقد ، فكذلك الكتابة ، و لكنه استحسن فقال (الكتابة فيما يرجع إلى البدل بمنزلة العقود المبنية على التوسع فى البدل ، كالنكاح والخلع ، ومثل هذه الجهالة فى الأجل لا يمنع صحة التسمية فى الصداق ، فكذلك =

قال: نعم أستحسن ذلك.

قلت: أرأيت إن قال المكاتب، إنما أعجل المكاتبة فأؤديها، هل يعتق؟ قال: نعم يعتق.

قلت: أرأيت الرجل يكاتب أمة له مكاتبة فاسدة على ميتة فولدت

٥ المكاتبة ولدا ثم أعتق السيد المكاتبة قبل أن تؤدى هل تعتق؟ قال: نعم، ولا يعتق ولدها. قلت: ولم لايعتق ولدها؟ قال: لأن المكاتبة فاسدة. قلت: ولو كاتبها على ألف درهم مكاتبة فاسدة فولدت ولدا ثم أعتق السيد الأم؟ قال: يعتق ولدها معها(١).

قلت: أرأيت رجلا كاتب عبدا له على ألف درهم وهى قيمته

= فى الكتابة، وهذا لأن الجهالة المستدركة فى الأجل نظير الجهالة المستدركة فى البدل، وهو جهالة الصفة بعد تسمية الجنس، فكما لا يمنع ذلك صحة التسمية فى الكتابة فكذلك هذا، فان تأخر العطاء فانه يحل المال إذا جاء أجل العطاء فى مثل ذلك الوقت الذى يخرج فيه، لأن المقصود وقت العطاء لا عينه، فان الآجال تقدر بالأوقات (ولها أن تعجل المال وتعتق) لأن الأجل حقها فيسقط باسقاطها، ولها فى هذا التعجيل منفعة أيضا وهو وصولها إلى شرف الحرية فى الحال ـ إه ص ١٠. قلت: فعلم أن حرف «لا» سقط من الأصول ـ أى الصواب «مما لا يعرف».

(١) قال السرخسى فى شرح المختصر: (بخلاف ما إذا كاتبها على ألف درهم مكاتبة فاسدة فولدت ولدا ثم أعتق السيد الأم: عتق ولدها معها) لأن العقد هنا منعقد مع الفساد فثبت حكمه فى الولد اعتبارا للفاسد بالجائز، ثم عتق الأم باعتاق السيد إياها بمنزلة عتقها بأداء البدل، فيعتق ولدها معها ـ اه ص ١١.

على أنه إذا أدى يعتق و عليه ألف أخرى هل تجوز هذه المكاتبة؟
قال: نعم إذا أدى الألف درهم عتق، و كانت عليه ألف أخرى.
قلت: و تجوز هذه المكاتبة عندك؟ قال: نعم. و لكن إذا أدى الألف الأولى عتق[٤].

قلت: أ رأيت رجلا كاتب أمة له على حكمه أو على حكمها هل تجوز ٥
هذه المكاتبة؟ قال: لا. قلت: أ رأيت إن أدت قيمتها هل تعتق؟
قال: لا. قلت: و لم؟ قال: لأنه كاتبها على غير شيء مسمى.

قلت: أ رأيت رجلا كاتب عبدا له على عبد غيره هل تجوز المكاتبة؟
قال: لا. قلت: و لم؟ قال: لأنه كاتبه على عرض لغيره[١]، و لا تجوز[٢]
المكاتبة على أموال الناس من العروض[٣]؛ ألا ترى أنه كاتبه[٤] على ما لا يملك. ١٠

---

(١) و في ه «تغيره» تصحيف.
(٢) و في ه «فلا تجوز».
(٣) و روى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز، حتى أنه إن ملك ذلك العين فأداه إلى المولى عتق، أو عجز عن أدائه رد في الرق، لأن المسمى مال متقوم، و قدرته على التسليم بما يحدث له من ملك فيه موهوم فتصح التسمية، كما في الصداق إذا سمى عبد غيره فتصح التسمية بهذا الطريق، فأما في ظاهر الرواية يقول بأن العتق في عقد المعاوضة يكون معقودا عليه، و قدرة العاقد على تسليم المعقود عليه شرط لصحة العقد في العقود التي تحتمل الفسخ، و ملك الغير ليس بمقدور التسليم للعبد فلا تصح تسميته، بخلاف النكاح فشرط صحة التسمية هناك أن يكون المسمى مالا متقوما لا أن يكون مقدور التسليم، لأن القدرة على التسليم فيما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط لصحة العقد، ففيما ليس بمقصود أولى، =
٤كذا في الاصول

قلت : وكذلك لو قال : كاتبتك على دار فلان ، أو ثوب فلان ، أو على غير ذلك من العروض ؟ قال : نعم . قلت : وكذلك لو قال : على كر فلان لعينه[1] ، أو طعام فلان بعينه ؟ قال : نعم هذا كله فاسد .

قلت : ولو قال « كاتبتك على ألف فلان هذه » أكانت تجوز ٥ هذه المكاتبة ؟ قال : نعم . قلت : لم ؟ قال : لأنه كاتبه على دراهم فهو جائز .

قلت : أرأيت إن أدى العبد ألف درهم غيرها هل يعتق[2] ؟ قال : نعم . قلت : والدراهم لا تشبه العروض ؟ قال : لا ، لأن عليه دراهم مثلها .

= ثم روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه إن ملك ذلك العين فأدى لم يعتق ، إلا أن يكون المولى قال له : إذا أديت إلى فأنت حر ؛ فحينئذ يعتق بحكم التعليق ، وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن قول زفر كذلك ، وهو رواية الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف ، وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف أنه قال : يعتق بالأداء قال له المولى ذلك أو لم يقل ، لأن العقد منعقد مع الفساد لكون المسمى مالا متقوما وقد وجد الأداء فيعتق ، كما لو كاتبه على خمر فأدى ، ووجه قول أبي حنيفة أن ملك الغير لم يصر بدلا في هذا العقد بتسميته ، لأنه غير مقدور التسليم له إذا لم يسم شيئا آخر معه فلم ينعقد العقد أصلا ، فانما يكون العتق باعتبار التعليق بالشرط . فاذا لم يصرح بالتعليق قلنا بأنه لا يعتق ، كما لو كاتبه على ثوب أو على ميتة - اه ما قاله السرخسي في شرح المختصر ص ١١ - ١٢ .

(٤) كذا في م ، د ؛ وفي ه « لو كاتبه » .

(١) كذا في الأصول ، ولعل الأصوب « بعينه » .

(٢) وفي ه « تعتق » تصحيف ؛ والصواب « يعتق » وهو في م ، د غير منقوط .

قلت

قلت : أ رأيت إن قال « كاتبنى على أن أعطيكها من مال فلان » هل تجوز هذه المكاتبة ؟ قال : نعم ، المكاتبة جائزة ، و يؤديها من حيث شاء .

قلت : أ رأيت رجلا كاتب عبده على ألف درهم على أن العبد بالخيار يوما هل تجوز المكاتبة؟ قال : الكتابة جائزة ، و الخيار جائز . ٥
قلت : و كذلك إن كان السيد بالخيار ؟ قال : نعم .

قلت : أ رأيت إن كاتب أمة فولدت ولدا قبل أن يمضى الخيار هل يكون ولدها مكاتبا معها و قد رضى المولى المكاتبة بعد ذلك ؟ قال : نعم . قلت : و كذلك إن كانت هى بالخيار فرضيت[1] ؟ قال : نعم .

قلت : أ رأيت إن مات المولى قبل أن يمضى الخيار ؟ قال : موته ١٠ بمنزلة رضاه . قلت : و كذلك إن ماتت المكاتبة بعده و بقى ولدها أ يسعى الولد فيما على أمه ؟ و تجوز المكاتبة ؟ قال : نعم . قلت : أ رأيت إذا كاتبها على أنه بالخيار ثلاثة أيام فأعتق السيد نصفها قبل مضى الثلاثة أيام[2] ؟ قال : العتق[3] جائز ، و هو رجوع فى المكاتبة و اختيار لردها ، و يستسعيها فى نصف قيمتها - فى قول أبى حنيفة . ١٥

قلت : أ رأيت إن كانت ولدت ولدا فى الأيام الثلاثة فأعتق السيد الولد و قد كان السيد بالخيار هل يكون هذا اختيارا[4] لرد المكاتب ؟

---

(١) سقط لفظ « فرضيت » من ه .
(٢) كذا فى ه ، و فى م « الأيام » .
(٣) و فى م « هذا العتق » .
(٤) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « هذا الخيار » .

قال : نعم .

قلت : أرأيت : إن كانت[1] الأمة بالخيار[2] ؟ قال : يعتق ولدها ، ولا يرفع عنها بحساب قيمة الولد من المكاتبة . قلت : أرأيت إن مات الولد هل يرفع عنها شيء من مكاتبتها ؟ قال : لا .

٥ قلت : أرأيت رجلا كاتب عبدا له على ألف درهم يؤديها إليه نجوما وشرط إن هو عجز عن نجم منها فعليه مائة درهم سوى النجم هل تجوز هذه المكاتبة ؟ قال : المكاتبة باطلة لا تجوز - وهو قول محمد .

باب المكاتبين[3] جميعا والرجل يكاتب عبده على نفسه وعلى عبد له آخر[4] غائب

١٠ قال محمد : حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم[5] أنه قال : إذا كاتب الرجل عبدين له مكاتبة واحدة وجعل نجومهما واحدة[6] فان أديا عتقا ، وإن عجزا ردا رقيقا ، فهو جائز ولا يعتقان إلا جميعا ،

---

(١) و في ه « كاتب » و في م هو غير منقوط ، و الصواب « كانت » .

(٢) و في المختصر و شرحه للسرخسي ص ١٢ : (و إن كان الخيار لها فالولد يعتق باعتاق المولى ، و لا يسقط عنها شيء من البدل) لأن الولد تبع لا يقابله شيء من البدل - اه .

(٣) و في م « مكاتبتين » .

(٤) كذا في م ، د ؛ و في ه « و على آخر له » .

(٥) أخرجه الإمام محمد في آثاره ص ١١٧ : محمد قال : أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال : إذا كاتب الرجل عبدين له على ألف درهم مكاتبة واحدة و جعل نجومهما واحدة قال : إن أديا فهما حران ، و إن عجزا فهما ردا في الرق ، قال إبراهيم : لا يعتقان حتى يؤديا جميع الألف ؛ قال محمد : و به نأخذ ، و هو قول أبي حنيفة - اه ص ١١٨ .

(٦) و في الأصول « واحد » و الصواب « واحدة » كما في الآثار .

و لا يردان إلا جميعا.

قلت: أرأيت رجلا كاتب عبدين له مكاتبة واحدة و جعل النجوم واحدة و كفل كل واحد منهما عن صاحبه و كتب: إن أديا عتقا، و إن عجزا ردا، و المكاتبة ألف درهم و كاتبهما سواء فأدى أحدهما جميع المكاتبة هل يعتقان؟ قال: نعم. قلت: فهل يرجع الذى أدى ٥ على الآخر بشيء[1]؟ قال: نعم، يرجع عليه بنصف المكاتبة. قلت: و لم؟ قال: لأنه أدى النصف عن نفسه، و النصف الآخر عن صاحبه، و لأن المكاتبة كانت عليهما جميعا. قلت فهل[2] للسيد أن يأخذ أيهما شاء بجميع المكاتبة إذا كانت المكاتبة على ما ذكرت لك؟ قال: نعم.

قلت: أرأيت إذا أدى أحدهما نصف المكاتبة هل يرجع على الآخر ١٠ بشيء؟ قال: نعم، بنصف ما أدى. قلت: و لم؟ قال: لأن المكاتبة عليهما، و لأن الأداء عليهما جميعا؛ ألا ترى أنهما لا يعتقان إلا بأداء جميع المال.

قلت: أرأيت إن أدى حصته من المكاتبة هل يعتق؟ قال: لا يعتق حتى يؤدى جميع المكاتبة. قلت: فان مات أحدهما أيرفع عن ١٥ الحى قيمة الميت من المكاتبة؟ قال: لا. قلت: و لم؟ قال: لأنهما لو كانا حيين لم يعتقا إلا بأداء جميعها؛ ألا ترى أن أحدهما إذا أدى حصته لم يعتق! فكذلك إذا مات أحدهما لم يرفع عن الباقى شيئا من

(١) كذا فى م، د؛ و فى ه «شيء» تصحيف.

(٢) كذا فى م، د؛ و قد سقط لفظ «فهل» من ه.

المكاتبة، و لم يعتق حتى يؤدى جميعا.

قلت: أرأيت إن كانت قيمة المكاتبين مختلفة فأدى أحدهما جميع المكاتبة هل يرجع على صاحبه بشيء؟ قال: نعم، تقوم قيمته من المكاتبة.

٥ قلت: أرأيت إن كان السيد قد أعتق أحدهما هل يرجع على الباقى بشيء من المكاتبة؟ قال: نعم، و يرفع عنه بقدر قيمة المعتق من ذلك. قلت: و لم؟ و قد قلت: إذا مات أحدهما لم يرفع عن الباقى من المكاتبة! قال: لأن العتق لا يشبه الموت، لأن العتق بمنزلة ما قد قبض.

قلت: أرأيت إن كاتب أمتين جميعا و كانت المكاتبة على نحو ما ١٠ ذكرت لك فولدت إحداهما ولدا فأعتق السيد الولد هل يجوز عنه؟ قال: نعم. قلت: فهل يرفع عنهما شيء من المكاتبة؟ قال: لا يرفع عنهما شيء.

قلت: أرأيت رجلا كاتب عبدا له على نفسه و على عبد آخر غائب بألف درهم هل يجوز ذلك؟ قال: نعم، فى الاستحسان.

١٥ قلت: أفرأيت إذا أدى هذا جميع المكاتبة هل يعتقان جميعا؟ قال: نعم. قلت: فكيف يعتق الغائب و ليس بمكاتب؟ قال: لأن السيد قد قبض جميع المكاتبة فهو بمنزلة قوله «إذا أديت إلىّ ألفا فأنت حرّ و فلان» ففعل، و لأن المكاتبة عليهما جميعا. قلت: أرأيت إن لم يقل فى المكاتبة «إذا أديت إلىّ[1] فأنتما حران» هل يعتقان إذا أدى؟

(١) كذا فى م. د؛ و فى ه «إذا أديت إلى الفان» و لو كان «ألفين» لصح.

قال

قال: نعم . قلت: أ رأيت إن أدى هذا المكاتب جميع المكاتبة هل يرجع على الغائب بشيء من المكاتبة؟ قال: لا . قلت: لم؟ قال: لأن الغائب لم يكن في المكاتبة معه .

قلت: أ رأيت إن مات الغائب هل يرفع عن هذا شيء من المكاتبة؟ قال: لا . ٥

قلت: أ رأيت إن أدى حصة[1] قيمته من المكاتبة هل يعتق؟ قال: لا ، حتى يؤدي جميعها . قلت: وكيف القياس في هذا؟ قال: يصير هذا المكاتب مكاتبا بقدر قيمته من المكاتبة ، و لا يلزمه[2] غير ذلك ، لكني أدع القياس في هذا و أجعلهما حرين إذا أديا[3] جميعا المكاتبة .

قلت: أ رأيت إذا مات المكاتب منهما ما القول في الغائب ١٠ و قد قدم فقال: « لا أؤدي شيئا »؟ قال: هو مملوك ، و لا يلحقه شيء من المكاتبة . قلت: أ رأيت إن رضي و قال « أنا أؤدي » و جاء بجميع المكاتبة فدفعها إلى المولى و قال المولى « لا أقبلها » و لم يترك الميت شيئا ما القول في ذلك؟ قال: أما في القياس فهو مملوك ، و لكني أدع القياس و أعتقه ، فأعتق الميت إذا أدى جميع المكاتبة هذا الحي منهما[4] حالا . ١٥

قلت: أ رأيت إن كانا حيين جميعا و أراد السيد أن يبيع الغائب

(١) و في هـ « حصته » .

(٢) كذا في م ، د ؛ و في هـ « و لا يكن منه » تصحيف .

(٣) سقط لفظ « أديا » من هـ .

(٤) و في هـ « منها » تصحيف .

منهما هل له ذلك؟ قال: أما فى القياس فنعم، و أما فى الاستحسان فحتى يعجز الآخر أو يؤدى.

قلت: أرأيت رجلا قال لعبد له: قد كاتبت فلانا لعبد غائب على كذا كذا على أن يؤديها عنه؛ فرضى بذلك الشاهد أيجوز ذلك؟ قال: ٥ لا. قلت: لم؟ قال: لأن الشاهد منهما مملوك ولم يكاتب على نفسه.

قلت: أرأيت إن أداها إلى المولى هل يعتق المكاتب؟ قال: نعم يعتق. قلت: و لم كان هذا مكاتبا؟ قال: لأنى استحسنت من ذلك.

قلت: أرأيت رجلا حرا كاتب على عبد لرجل على أن يضمن عنه المكاتبة يؤديها إلى سيد العبد أيجوز ذلك؟ قال: لا. قلت: و لم؟ ١٠ قال: لأن المكاتب لم يكاتبه على نفسه، و ضمان الرجل للمكاتبة للرجل لا يجوز على عبده.

قلت: أرأيت رجلا حرا كاتب على ابن له عبد[1] لرجل أيجوز ذلك؟ قال: لا، و هذا بمنزلة الباب الأول. قلت: و إن كان الابن صغيرا؟ قال: و إن كان.

١٥ قلت: أرأيت عبدا له ابن صغير و هما لرجل واحد كاتب على ولده هل يجوز ذلك؟ قال: لا. قلت: و لم؟ قال: لأنه لم يكاتب على نفسه، و إنما كاتب على ولده، و لو أدى فى هذين الوجهين جميعا عتق المكاتب.

قلت: أرأيت رجلين لهما عبدان[2] لكل واحد منهما عبد على حدة

---

(١) كذا فى ه. و فى م «عبدا» بالنصب.

(٢) و فى الأصول «عبدين» و الصواب «عبدان».

كاتباهما جميعا مكاتبة واحدة بألف درهم و جعلا النجوم واحدة إن أديا عتقا ، و إن عجزا ردا ، هل يكون للسيد أن يأخذ كل واحد منهما أيهما شاء بجميع المكاتبة على ما ذكرت لك ؟ قال : لا . قلت : فما القول فى ذلك ؟ قال : يكون كل واحد منهما مكاتبا بحصته بقدر قيمتهما ، فان كانا[1] سواء كل واحد منهما بخمسمائة ، و إن كانت القيمة مختلفة قسمت المكاتبة ٥ على قيمتهما ، فكان كل واحد منهما مكاتبا لما يصيبه من المكاتبة .

قلت : أرأيت رجلا كاتب عبدا صغيرا هل يجوز ذلك ؟ قال : نعم ، إن كان يعقل و يعبر عن نفسه . قلت : أرأيت إن كان صغيرا لا يتكلم و لا يعقل[2] هل تجوز المكاتبة ؟ قال : لا . قلت : لم ؟ قال : لأنها ليست بمكاتبة ، و إنما تكون المكاتبة إذا عقل العبد ذلك . ١٠

قلت : أفرأيت إن كاتب عن الصبى أبوه[3] و هو حر هل يجوز ذلك ؟ قال : لا . قلت : لم ؟ قال : لا يجوز أن يضمن له ماله عن عبده و لا يكاتب عبده . قلت : و كذلك لو كان حرا[4] كاتب على عبد رجل ؟ قال : نعم . قلت : أرأيت إن أدى إليه جميع المكاتبة هل يعتق ؟ قال : نعم . قلت : فهل يسلم المال لسيد العبد ؟ قال : نعم . ١٥

قلت : و لا يكون للذى كاتب أن يرجع بشىء من ماله على السيد ؟ قال : لا . قلت : فكيف القياس فى هذا ؟ قال : أما فى القياس فيرجع فيأخذ ماله و يعتق العبد . قلت : و لم ؟ و هذا بمنزلة رجل

(١) كذا فى م ، و فى ه « فان كان كانا » سهو القلم .
(٢) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « لا يعقل و لا يتكلم » .
(٣) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « ابويه » تصحيف .
(٤) و فى ه « حر » .

قال لرجل « أعتق عبدك بألف درهم » فأعطاها إياه فأعتقه ثم بدا له أن لا يعطيه شيئا هل يكون له ذلك ! قال : نعم . قلت : فهل يرجع فيما أدى إلى المعتق إن أراد ذلك ؟ قال : نعم .

قلت : أرأيت إن كان المولى قد استهلكه[1] ؟ قال : أما فى المكاتبة ٥ فنستحسن[2] أن لا يرجع ، و أما فى العتق فيرجع فيكون ذلك دينا على المولى[3] .

(١) و فى ه ، م « استهه » و هو مطموس فى د ؛ والصواب « استهلكه » .

(٢) و فى ه « فيستحسن » و هو فى م ، د غير منقوط ، و الصواب « فنستحسن » بصيغة المتكلم .

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى : (حر كاتب على عبد لرجل فأدى إليه المكاتبة يعتق ، ولا يرجع الحر بالمال على العبد ولا على المولى ، أما على العبد فلأنه لم يلتزم شيئا من المال ولا أمر الحر بالأداء عنه ، وأما على المولى ففى القياس له أن يسترد المال) لأنه رشاه حيث أعتق عبده فيثبت له حق الرجوع عليه (كما لو قال : أعتق عبدك بألف درهم ، و أعطاها إياه فأعتقه كان له أن يرجع فيما أعطاه ، و يضمنه إن كان قد استهلكه) فكذلك فيما سبق ، توضيحه أن المال لو كان واجبا على العبد فضمنه عنه الحر للسيد وأدى كان له أن يرجع عليه فيسترد منه ما أدى إليه ، فاذا لم يجب المال على العبد أولى (و لكنه استحسن و قال : إنه تبرع بأداء المال عنه) و لو كان العبد قبل الكتابة ثم أدى حر عنه على سبيل التبرع لم يرجع بالمؤدى على المولى ، فكذلك الحر إذا كان هو القابل للعقد ، لأن قبوله كقبول العبد فيما لا يضر به ، ولأنه لو رجع صار المولى مغرورا من جهته بقبوله و أدائه . ودفع الضرر و الغرور واجب ، فلهذا جعلناه متبرعا بأداء بدل الكتابة فلا يرجع به على أحد - اه ج ٨ ص ١٧ .

قلت

قلت: أرأيت رجلا كاتب عبدين له مكاتبة واحدة و جعل نجومهما واحدة إن أديا عتقا، و إن عجزا ردا، ثم إن أحدهما عجز و رده المولى أو قدمه إلى القاضى فرده و لا يعلم القاضى بمكاتبة الآخر ثم إن الآخر أدى جميع المكاتبة هل يعتقان جميعا؟ قال: نعم. قلت: فلمَ يعتق الذى كان رد فى الرق؟ قال: لأن عجزه ذلك باطل، و لا يكون عجزهما إلا جميعا، لأن المكاتبة واحدة. قلت: أرأيت إن كان المولى قد استسعى الذى لم يعجز بعد ذلك فى نجم أو نجمين ثم عجز و رد فى الرق أيضا و الآخر غائب هل يكون رده ردا؟ قال: لا. قلت: فإن كان القاضى قد رده؟ قال: و إن. قلت: أرأيت الرجلين إذا كاتبا عبدا واحدا مكاتبة واحدة غاب أحدهما و قدم الشاهد العبد المكاتب إلى ١٠ القاضى و قد عجز هل يرده[1] فى الرق؟ قال: لا يرده حتى يجتمع المولیان جميعا.

قلت: و لو كان رجل واحد[2] كاتب عبدا واحدا فمات المولى و ترك ورثة[3] هل يستطيع بعضهم أن يرد المكاتبة قبل أن يجتمعوا جميعا؟ قال: بل له ذلك، و لا يرد إلا بقضاء قاض، و لا يشبه هذا ١٥ الأول - أى الوارثين حضر معه فهو خصم. قلت: فكذلك لو كان المكاتب هو الميت و ترك ولدين و كذا فى المكاتبة لم يستطع المولى أن

(١) كذا فى م، د؛ و فى هـ «يرد».
(٢) و فى م «فاعل» مكان «واحد».
(٣) كذا فى م، د؛ و فى هـ «ورثته».

يرد واحدا[1] منهم و الآخر غائب حتى يجتمعوا جميعا؟ قال: نعم. قلت: فان كان الباقي لم يسع في شيء بعد ردّ الأول؟ قال: و إن كان. قلت: و لم؟ قال: لأنه لا يكون ردهما إلا جميعا، لأنه إذا رد أحدهما ثم أدى الآخر عتقا جميعا.

٥ قلت: أ رأيت رجلا كاتب عبدين له مكاتبة واحدة و جعل نجومهما واحدة إن أديا عتقا، و إن عجزا ردا، ثم إن أحدهما ارتد عن الإسلام فرفع إلى الإمام فعرض عليه السلطان الإسلام فأبى فقتله ما حال الباقي؟ قال: لا يعتق حتى يؤدي جميع المكاتبة. قلت: أ فرأيت إذا[2] أدى جميع المكاتبة هل يعتق هو[3] و المقتول؟ قال: نعم. قلت:

١٠ فان كان للمقتول وُلد أحرار من امرأة حرة هل تجر[4] ولاء وُلده إلى مواليه؟ قال: نعم. قلت: و لم؟ قال: لأنه عتق حين أدى صاحبه المكاتبة.

قلت: أ رأيت إذا كان المرتد[5] منهما قد اكتسب مالا بقدر ردته ثم قُتل ما القول في ذلك؟ قال: أخذ المولى ذلك من جميع

١٥ ذلك المال جميع المكاتبة و يعتقان جميعا[6].

(١) كذا في د، و في ه «واحد».
(٢) كذا في م، د؛ و في ه «ان».
(٣) كذا في م، و سقط لفظ «هو» من ه.
(٤) كذا في م، و في ه «تجز» تصحيف.
(٥) و في د «المدبر» مكان «المرتد» تصحيف.
(٦) و في المختصر و شرحه للسرخسي ج ٨: ص ١٨ (و إذا كاتب عبدين =

قلت: أرأيت إذا كان للمدبر[1] ولد أحرار هل يرجعون على الباقى بحصته من المكاتبة إذا كان الوارث مولاه؟ قال: نعم. قلت: فما حال مال المكاتب الذى بقى مما كان اكتسب فى ردته بعد أداء المكاتبة؟ أيكون لورثته؟ قال: نعم.

= له مكاتبة واحدة فارتد أحدهما وقتل الآخر فان الحى لا يعتق ما لم يؤد جميع المكاتبة) مراعاة لشرط المولى كما فى حال حياة الآخر (و إن أدى عتقا جميعا) لأنهما فى حكم الأداء كشخص واحد، فبموت أحدهما يبقى العقد فى حقه ببقاء من يؤدى بدل الكتابة و هو الحى. فلهذا عتقا بأدائه (و إن كان المرتد حين قتل ترك له كسبا اكتسبه فى ردته فان المولى يأخذ من ذلك المال جميع المكاتبة) لأنه مات من وفاء فيبقى عقد الكتابة لحاجته إلى تحصيل الحرية و لا يحصل ذلك إلا بأداء جميع المال، فلهذا أخذ المولى جميع المكاتبة من تركته (و يعتقان جميعا ثم يرجع ورثته على الحى بحصته) كما لو أداه فى حياته، و هذا لأنه مضطر فى الأداء حيث لا يتوصل إلى العتق إلا به، و بهذا تبين فساد استدلال زفر فان عنده أحدهما إذا أدى لا يرجع على صاحبه، و إن عندنا يرجع بعد مقالة المولى إذا أديا عتقا، و إن عجزا ردا ثم بقية الكسب ميراث لهم، لما بينا فى العتاق أن قيام حق المولى فى كسبه يمنعنا أن نجعل كسب ردته فيئا فيكون ميراثا لورثته (و كذلك إن كان المرتد لحق بدار الحرب أخذ الباقى بجميع المكاتبة) لأن أكثر ما فيه أن لحاقه بدار الحرب كموته، و الآخر لا يتوصل إلى العتق إلا بأداء جميع البدل، فاذا أدى رجع على المرتد بحصته إذا رجع كما يرجع فى تركته أن لو مات - اه.

(١) كذا فى الأصول، و الصواب «المرتد» لأن المدبر ليس له ذكر فى المسألة و لم تفرض المسألة فيه.

قلت: أرأيت إن ارتد أحدهما[1] و لحق بدار الشرك هل يؤخذ هذا الباقى بجميع المكاتبة؟ قال: نعم، و لا يعتق إلا بأداء جميعها. قلت: أرأيت إذا أداها هل يعتق هو و المرتد الذى فى دار الشرك؟ قال: نعم.

٥ قلت: أفرأيت إن رجع المرتد مسلما هل يرجع الذى أدى بجميع حصته من المكاتبة عليه؟ قال: نعم. قلت: و لم؟ قال: لأنه كاتب المكاتبة عليهما جميعا.

قلت: أفرأيت المرتد بعد ذلك إن مات فى دار الشرك و ترك مالا يظهر المسلمون على ذلك فيأخذوه فى دار الشرك هل يرجع هذا الذى ١٠ أدى بحصته إلى المرتد[2] فى ماله ذلك و لم يقسم بعد؟ قال: لا. قلت: و لم؟ قال: لأنه قد صار فيئا. و لا يكون عليه دين و هى فىء للسلمين[3]. قلت: و كذلك إن كان قد قسم؟ قال: نعم. قلت: و لم؟ قال: ألا ترى أن رجلا لو استدان من رجل دينا ثم ارتد و لحق بدار الحرب و لم يترك مالا فى دار الإسلام ثم ظهر المسلمون عليه فقتلوه و أخذوا ماله لم يكن

(١) كذا فى م، د؛ و فى هـ «إحداهما» تصحيف.

(٢) و فى م «بحصة المرتد» و فى هـ «بحصته المرتد» و فى د «بحصته إلى المرتد» و هو الصواب.

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ج ٨ ص ٨: (و إن لم يرجع حتى مات فى دار الشرك عن مال و ظهر المسلمون على ماله لم يرجع هذا المؤدى فيه بشىء، لأن ذلك المال صار فيئا للسلمين) إذ لم يبق فيه للولى حق حين حكم بحريته (و الدين لا يبقى فى المال الذى صار فيئا و إن وجد قبل القسمة) - الخ.

لغرمائه عليه سبيل! و كذلك الباب الأول.

قلت: أفرأيت إن كان هذا المرتد فى دار الشرك بعد فعجز عن هذا المقيم فى دار الإسلام أيرده القاضى فى الرق؟ قال: لا. قلت: أفرأيت إذا رد القاضى هذا أ يكون رده ردا للآخر؟ قال: لا. قلت: فان رجع الآخر مسلما أيرده إلى مولاه رقيقا؟ قال: لا[1].   ٥

قلت: أرأيت رجلا كاتب عبدا له[2] و امرأته[3] جميعا مكاتبة واحدة و جعل نجومهما واحدة و كفل كل واحد منهما عن صاحبه إن أديا عتقا، و إن عجزا ردا. ثم إن المكاتبة ولدت ولدا فقتل الولد لمن قيمته؟ قال: للأم كلها. قلت: و لا يكون للأب منه شيء؟ قال: لا.

قلت: و كذلك لو جرح جراحة أو اكتسب مالا؟ قال: نعم، ذلك كله للأم دون الأب. قلت: و لم؟ قال: لأنه منها.   ١٠

(١) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ج ٨ ص ١٩: (و إن عجز المكاتب الحاضر و الآخر مرتد فى دار الحرب لم يرده القاضى فى الرق) لأن لحاقه بدار الحرب لم يتم لما بقى حق المولى فى كسبه و رقبته. فهو بمنزلة الغائب فى دار الإسلام وقد بينا أنه إذا كان أحدهما غائبا لا يحكم بعجز الحاضر قبل رجوعه، فهذا مثله (فان رد القاضى هذا فى الرق لم يكن ردا للآخر. حتى إذا رجع مسلما لم يرد إلى مولاه رقيقا) لما بينا أن الحاضر ليس بخصم عن الغائب. و إن عجز الغائب لم يظهر بعجز الحاضر، فلهذا لا تنفسخ الكتابة فى حق الغائب و إن كان مرتدا فى دار الحرب - اه.

(٢) كذا فى م، د؛ و سقط لفظ «له» من ه.

(٣) و فى ه «أو امرأته» تصحيف.

قلت : أرأيت إن كان المولى نفسه هو الذى قتل الولد و قيمته و المكاتبة سواء له أن يأخذها[1] مكان المكاتبة و يقاص الأم بذلك و لم يحل شيء من ذلك ؟ قال : لا إلا أن[2] يشاء للأم . قلت : لم ؟ قال : لأن قيمة الولد بمنزلة مال أخذه فيرده[3] عليها إذا لم يحل عليها ٥ شيء من مكاتبتها لأن الولد إنما هو شيء لها .

قلت : أرأيت إن قاصها بذلك و رضيت هل تعتق هى و زوجها ؟ [4]قال : نعم . قلت : و لم ؟ قال : لأن هذا بمنزلة أدائها جميع المال . قلت : فهل ترجع على الزوج بشيء[4] ؟ قال : نعم ، ترجع عليه بحصته من المكاتبة إذا حلت ، و تكون قيمة الولد كأنها أدته هى بنفسها ، لأنه ١٠ مال لها . قلت : أفرأيت إن كان الولد قيمته أكثر من المكاتبة و كان قد ترك مالا سوى ذلك لمن يكون ذلك الفضل و ما ترك من مال ؟ قال : للأم دون الأب . قلت : و لم ؟ قال: لأنه مالها .

قلت : أفرأيت إن كان الولد جارية فولدت ولدا ثم قتل ولد الولد[5] لمن تكون قيمته ؟ قال : للجدة دون الأم . قلت : و لم ؟ قال : ١٥ لأن الأم لو قتلت كانت قيمتها للجدة ، فكذلك ولدها بمنزلتها . قلت : و كذلك كل ما كسبته ؟ قال : نعم .

---

(١) كذا فى د ؛ و فى ه ، م « ان يأخذ هذا » .

(٢) كذا فى م ، د ؛ و سقط لفظ « أن » من ه .

(٣) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « فرده » .

(٤ - ٤) من قوله « قال نعم » ساقط من ه .

(٥) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « ثم قتل و كذا الولد » تصحيف .

قلت[1]: أفرأيت إذا ماتت المكاتبة و بقي ولدها و ولد ولدها و الزوج هل للمولى بيليها[2] سبيل في شيء من السعاية؟ قال: نعم، عليهما من المكاتبة ما على أمهما[3]. قلت: لم يكون على ولد الولد و أمهما[3] حية؟ قال: لأنهما بمنزلة أمهما[3]؛ ألا ترى أن كسبهما و قيمتهما إنما هو للجدة! فكذلك يلزمهما[4] جميعا السعاية[5]. قلت: و يكونان في ذلك بمنزلة الميتة؟ قال: نعم. قلت: و إنهما إذا أديا المكاتبة عتقوا جميعا؟ قال: نعم. قلت: فترجع[6] الأم على الولد بشيء أو الولد على أمه بشيء؟ قال: لا. قلت: لم؟ قال: لأنهما إذا أديا عن أمهما[7] أفيرجعان على الزوج

(١) سقط لفظ «قلت» من م.

(٢) في ه «بينهما» و في م «بينها» و هو في د «بينهما» غير منقوط سوى نقطة النون؛ والصواب «بينيها» بياء الجر و جمع البنين و إفراد ضمير التأنيث - و الله أعلم.

(٣) كذا في م، د؛ و في ه «امها».

(٤) كذا في م، د؛ و في ه «يلزمها».

(٥) كذا في ه، د؛ و في م «للسعاية».

(٦) و في ه «فترجع» و هو في م، د غير منقوط، و الصواب «فترجع» بصيغة التأنيث.

(٧) كذا في الأصول الثلاثة. و سقط بعض العبارة عنها بعد قوله «عن أمهما» ولم نجد أصلا رابعا حتى نرجع إليه. و في المختصر و شرحه للسرخسي: (وإن ماتت الجدة و بقي الولدان و الزوج كان على الولدين من السعاية ما كان على الجدة) لأنها في حكم جزء منها فيسعيان فيما كان عليها (و إن أدى أحد الولدين لم يرجع على صاحبه بشيء) لأنه مؤد عن الجدة و كسبه في حكم أداء بدل الكتابة بمنزلة كسب الجدة، فلا يرجع على صاحبه بشيء لهذا (لكنه يرجع على الزوج بحصته) =

بشيء . قال[1]: أيهما ما أدى[2] جميعا المكاتبة رجع على الزوج بحصته من ذلك ، فيكون له خاصة دون الأم؟ قال : نعم . قلت : و لا يكون ذلك بمنزلة ميراث تركته الميتة ؟ قال : لا . قلت : و لم؟ قال : لأن الذى أدى أحق به .

٥ قلت : أ فرأيت إن كانت الميتة حية لم تمت [3]فولد للزوج ولد[3] من جارية اشتراها أيكون[4] قيمة ولده و جميع كسبه على نحو ما وصفت لك فى شأن الأم؟ قال : نعم .

قلت : أ رأيت الرجل إذا كاتب عبدين له مكاتبة واحدة و جعل نجومهما[5] واحدة بألف درهم إن أديا عتقا ، و إن عجزا ردا ، و قيمتهما ١٠ سواء ثم إن أحدهما أدى مائتى درهم ثم أعتقه المولى بعد ذلك ، و قيمته خمسمائة [6]درهم ، و قيمة الآخر خمسمائة[6] هل يرجع هذا المعتق على الآخر بشيء؟ أو هل يرجع الباقى على المعتق بشيء؟ و ما حال الباقى

= كما لو أدت الجدة فى حياتها جميع البدل رجعت على الزوج بحصته ثم يسلم له ذلك دون الآخر ، لأنه كسبه . و إنما يسلم للجدة من كسبه قدر ما يحتاج إليه لأداء بدل الكتابة و تحصيل الحرية لنفسها فما فضل من ذلك يسلم للمكتسب ، وهذا هو الذى رجع به فاضل عن حاجتها فيكون للمكتسب خاصة - اهـ ج ٨ ص ١٩ .

(١) قوله « قال » كذا فى الأصول ، و لعل الصواب « قلت » .

(٢) كذا فى م ، د ، و فى هـ « ما ادرى » تحريف .

(٣-٣) كذا فى م ، د ؛ و فى هـ « فولد الزوج ولدا » .

(٤) كذا فى م ، د ؛ و فى هـ « يكون » سقط همز الاستفهام منها .

(٥) كذا فى م ، د ؛ و فى هـ « نجوما » تصحيف .

(٦-٦) من قوله « درهم » ساقط من هـ ؛ وزيد من م ، د .

و المكاتبة ؟ قال : يرجع هذا المعتق بنصف ما أدى على هذا الباقى[١] ؛ و يرفع عن الباقى نصف[٢] ما بقى بعد أداء المعتق ، و يسعى فيما بقى . قلت : و لم صار هذا هكذا ؟ قال : لأن المكاتبة كان أصلها واحدا ، و كل شيء أدى أحدهما قل أو كثر رجع على صاحبه بنصف ذلك .

قلت : أ رأيت إن كان أعتق[٣] الذى لم يرد شيئا ؟ قال : يرفع عن ٥ الباقى نصف ما بقى من مكاتبته ، و يرجع الذى أدى بنصف ما أدى على المعتق ، و أيهما أعتق فانه يؤخذ على حاله مكاتبة صاحبه ، و يكون فى ذلك بمنزلة الكفيل عنه لأن المكاتبة قد صحت قبل عتق هذا على غير وجه الكفالة ، و كذلك العتق[٤] .

---

(١) سقط لفظ « الباقى » من هـ .

(٢) كذا فى هـ ، د ؛ و فى م « بنصف » .

(٣) كذا فى هـ ، م ؛ و فى د « إن أعتق » .

(٤) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ج ٨ ص ١٩ (رجل كاتب عبدين له مكاتبة واحدة بألف درهم و قيمتهما سواء فأدى أحدهما مائتى درهم ثم أعتقه المولى بعد ذلك : فانه يرجع بنصف ما أدى على صاحبه) لأنه قبل العتق كان قد استوجب الرجوع على صاحبه بنصف ما أدى قل ذلك أو كثر ، فلا يبطل ذلك بعتقه لأن عتقه مقرر لحقه لا مبطل له ، ثم يرفع عن الآخر نصف ما بقى من الكتابة اعتبارا للبعض بالكل ، و قد بينا أنه لو أعتق أحدهما فى حال بقاء جميع الكتابة صار كالقابض للنصف أو كالمبرئ له عن النصف ، فكذلك فى حق الباقى هنا (وكذلك لو أعتق الذى لم يؤد) لأن أداء أحدهما كأدائهما . فلا يختلف حكم عتقهما (و أيهما عتق فانه يؤخذ على حاله بمكاتبة صاحبه . لأنه بمنزلة الكفيل عنه) و قد صحت الكفالة تبعا لعقد الكتابة حين كان مطالبا بجميع المال قبل عتق =

باب كتابة[1] المكاتب

قلت: أرأيت المكاتب هل تجوز[2] مكاتبته؟ قال: نعم. قلت: وإن كان لم يؤد شيئا من مكاتبته؟ قال: وإن.

قلت: أفرأيت مكاتبا[3] كاتب عبدا له ثم إن المكاتب الثاني أدى

٥ مكاتبته هل يعتق؟ قال: نعم. قلت: ولم؟ والذي كاتبه لم يعتق وأنت تزعم أن عتق المكاتب لا يجوز! قال: ليس هذا بمنزلة العتق، هذا بمنزلة البيع، استحسنا ذلك فأجزناه.

قلت: أفرأيت إن عجز الأول بعد ذلك هل يمضي عتق الثاني؟ قال: نعم، عجز الأول أو لم يعجز. قلت: والثاني حرّ إذا أدى؟ قال: نعم.

١٠ قلت: أرأيت إن كان الأول لم يعجز لمن يكون ولاء الثاني؟ قال: لمولى المكاتب الأول.

قلت: أرأيت إن أدى المكاتب الأول بعد ذلك هل يرجع إليه ولاء مكاتبه[4]؟ قال: لا. قلت: ولم؟ قال: لأن الآخر حيث عتق

= صاحبه، فكذلك يبقى مطالبا بنصيب صاحبه بعد عتقه، فاذا أدى رجع به عليه، وليس من الضرورة امتناع صحة كفالته ابتداء بما يبقى على صاحبه بعد حريته امتناع بقاء ما كان ثابتا؛ ألا ترى أن الإباق يمنع ابتداء البيع ولا يمنع بقاءه! والعدة تمنع ابتداء النكاح ولا تمنع بقاءه! والله سبحانه أعلم - اهـ ص ٢.

(١) وفي د «مكاتبة».

(٢) كذا في هـ؛ وهو في م، د غير منقوط حرف المضارعة.

(٣) كذا في م؛ وفي د، هـ «مكاتب».

(٤) كذا في د؛ وفي هـ، م «مكاتبته».

صار مولى مولاه .

قلت: أرأيت إن عجز الأول فرد فى الرق هل يرجع الثانى معه ولم يعجز؟ قال: لا، ولكنه على مكاتبته يسعى فيها للولى على نجومه .

قلت : أرأيت إذا مات المكاتب الأول وقد ترك مالا كثيرا وورثته أحرار أو لم يدع وارثا غير مولاه[1] ما القول فى ذلك وفى ٥ مكاتبته؟ قال : يأخذ المولى ما بقى من مكاتبته من تركته ، وما بقى فلورثته ، ويسعى المكاتب لورثته فى مكاتبته[2] . قلت : ويصير لمولاهم دون السيد إذا أدى إليهم المكاتبة[3]؟ قال : نعم . قلت : فان عجز صار رقيقا لهم دون المولى؟ قال: نعم .

قلت : أفرأيت إن كان المكاتب لم يدع شيئا هل يرد الباقى فى ١٠ الرق ولم يعجز؟ قال: لا ، ولكنه يسعى فى مكاتبته حتى يؤديها ، وإن كانت مكاتبة[4] الثانى فيها وفاء بمكاتبة الأول [5]أدى ، فان[5] بقى شيء صار لورثة المكاتب الأول إن كان له وارث آخر غير المولى ، وإلا كان للمولى ويعتق هذا والميت جميعا ، ويكون ولاء الميت للمولى ، ويجر[6]

(١) كذا فى الأصول ، وبين قوله « ورثته أحرار » وقوله « ولم يدع وارثا غير مولاه » تضاد لم نفهم مقصوده ، ولم نجده فى المختصر ولا فى شرحه .

(٢) كذا فى م ، د ؛ وفى ه « فى مكاتبته لورثته » .

(٣) كذا فى م ، د ؛ وفى ه « الكتابة » .

(٤) كذا فى م ، د ؛ وفى ه « مكاتبته » .

(٥-٥) كذا فى د ، وفى م « اذا فان » وفى ه « إذا قال » تصحيف .

(٦) كذا فى د وكان فى م ، ه « يجب » تصحيف ، والصواب « يجر » .

ولاء ولده إن كان له أولاد أحرار من امرأة حرة، و يكون و لاء الثانى للولى الأول أيضا لأنه أدى فعتق قبل أن يعتق الميت .

قلت : أ رأيت إن لم يكن فى مكاتبة[١] الثانى وفاء بمكاتبة الأول فأخذ[٢] المولى ما أدى الثانى هل يعتق الأول؟ قال: لا ، و لكن يعتق ٥ الثانى و لا يعتق الأول . قلت: فلمن يكون ولاء الثانى؟ قال: للمولى دون ورثة الأول . قلت : لم؟ قال: لأن المكاتب مات عاجزا مملوكا ، فأما إذا كان فى مكاتبة الثانى وفاء فهذا مال تركه الميت الأول، فاذا قبضه العبد عتق الأول و الثانى جميعا .

قلت : أ فرأيت إن عتق السيد فكاتب[٣] مكاتبة[٤] هل يجوز عتقه؟ ١٠ قال: لا . قلت : و لم؟ و لو أعتق المولى مكاتبه جاز! قال: لأن الثانى ليس للمولى فيه ملك؛ ألا ترى لو أن المولى أعتق شيئا من رقيق مكاتبه لم يجز عنه! وكذلك مكاتب المكاتبة[٥] .

قلت : أرأيت إن أعتق المولى مكاتبه[٦] الأول هل يعتق الثانى بعتقه؟ قال: لا ، و لكنه مكاتب على حاله للمعتق[٧] و يسعى له فى

(١) كذا فى م ، د؛ و فى ه « مكاتبته » تصحيف .

(٢) كذا فى م ، د؛ و فى ه « و أخذ » .

(٣) كذا فى د ، و فى ه « مكاتب » .

(٤) كذا فى د ، و فى ه « مكاتبته » و فى م « المكاتبة » .

(٥) كذا فى الأصول ، و الصواب « المكاتب » .

(٦) كذا فى م ، د؛ و فى ه « مكاتبة » .

(٧) و فى الأصول « المعتق » و الصواب « للعتق » .

نجومه

نجومه . قلت : و لا يكون للمولى عليه سبيل ؟ قال : لا .

قلت : أ رأيت إذا مات المكاتب الثانى و قد ترك مالا فيه وفاء بمكاتبته أو ليس فيه وفاء؟ قال: إن ترك مالا فيه وفاء لمكاتبه[1] أخذ المكاتب الأول فى ذلك مكاتبته ، و ينظر إلى ما بقى ، فان كان للميت ولد أحرار أو ورثة دون المولى فهو لهم ، و إن لم يكن له وارث ٥ إلا مولى المكاتب الأول فهو له ولاؤه ، و يجر[2] ولاء ولده إن كان له ولد أحرار من امرأة حرة . قلت : و لا يكون للمكاتب من ماله و لا من ميراثه شيئا سوى مكاتبته ؟ قال : لا . قلت : و لم لا يرثه و هو مكاتبه؟ قال : لا ؛ و المكاتب لا يرث ، و إنما هو بمنزلة العبد .

قلت : أ رأيت المكاتب إذا كاتب عبدا[3] له ثم أعتقه بعد المكاتبة ١٠ هل يجوز عتقه؟ قال : لا . قلت : أ فرأيت إن وهب له نصف المكاتبة و أخذ ما بقى منها هل يعتق؟ قال: لا . قلت: أ فرأيت إن وهب له جميع المكاتبة هل يعتق؟ قال : لا .

قلت : أ رأيت المكاتب إذا قال لعبده « إذا أديت إلىّ ألف درهم فأنت حر » و « إذا أعطيتنى ألف درهم فأنت حر » و « إذا جئتنى بألف ١٥ درهم فأنت حر » هل يعتق فى شيء من هذه الوجوه ؟ قال : لا .

قلت : أرأيت مكاتبا كاتب جارية ثم إن المكاتب وطئها فعلقت ما حال الجارية؟ قال إن شاءت مضت على مكاتبتها ، و إن شاءت

(١) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « لمكاتبة » تصحيف .
(٢) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « يجز » تصحيف .
(٣) كذا فى م ، د ؛ و سقط لفظ « عبدا » من ه .

عجزت فتصير أم ولده لا يقدر[1] على بيعها . قلت : أرأيت إن اختارت العجز فأعتق المولى ولدها هل يجوز عتقه ؟ قال : نعم . قلت : و لم ؟ و لو أعتقها فى نفسها لم يجز عتقه ! قال : لأنها ليست بمنزلة ولدها ، و ولدها بمنزلة المكاتب ؛ ألا ترى أن المكاتب لا يقدر على بيع ولده ٥ على حال من الحالات أبدا ما تبقى أمة[2] للمكاتب . قلت : أرأيت إن اختارت العجز أيكون للمكاتب أن يبيعها أو يبيع ولدها ؟ قال : لا .

قلت : أرأيت إن أعتق السيد الولد بعد ذلك هل يجوز عتقه ؟ قال : لا . قلت : لم ؟ و قد أجزت عتقه فى ولدها ! قال : لأنها ليست بمنزلة ولدها ؛ ألا ترى أن مولاها إذا[3] أدى المكاتبة صارت أم ولده ١٠ و يستخدمها و يطأها ! و أما ولدها معتق . قلت : أرأيت إن مات الولد هل للمكاتب أن يبيع الأم بعد ذلك ؟ قال : ليس له أن يبيعها ، مات الولد أو لم يمت .

قلت : أرأيت المكاتب إذا كاتب جارية له فعمد السيد فوطئ مكاتبته فولدت منه[4] أو لم تلد ؟ قال : إن لم تلد[5] فعليه العقر[6] لها ،

(١) كذا فى م ، و فى ه « أم ولد و لا يقدر » .
(٢) و فى م ، ه « ما يبقى امه » و اللفظتان فى د غير منقوطتان ، والصواب « ما تبقى أمة » .
(٣) كذا فى د ، م ؛ و فى ه « اذى » .
(٤) و فى د « له » مكان « منه » .
(٥) كذا فى د ؛ و سقط قوله « قال إن لم تلد » من ه ، م .
(٦) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « العقد » تصحيف .

و إن ولدت منه فعليه العقر [١] ، و تمضى [٢] على مكاتبتها [٣] ، و ليس عليه فى الولد قيمة ، و الولد بمنزلة أمه يعتق بعتقها ، فان أدت عتقت و عتق ولدها. قلت : فيثبت نسب الولد منه ؟ قال : نعم . قلت : لم لا يلزمه الولد بالقيمة فى هذه الحال؟ قال : لأنه لا يكون عليه قيمة الولد ما دامت على مكاتبتها ، لأن القيمة لا تكون لها و لا للمكاتب ما دامت مكاتبة ، ٥ لأن ولدها بمنزلتها : أ لا ترى أنها لو حبلت من غيره لم يكن للمكاتب على الولد سبيل . و كان بمنزلة أمه .

قلت : أ رأيت إن عجزت ما القول فى ذلك و ما حال الولد ؟ قال: يكون الولد للمولى بالقيمة [٤] ، و تكون [٥] للمكاتب . قلت : و لم ؟ قال:

---

(١) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « العقد » تصحيف .

(٢) وفى ه «يمضى» والصواب «تمضى» أى الجارية ؛ وهو فى م، د غير منقوط .

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ج ٨ ص ٢١ : (مكاتب كاتب عبده ثم كاتب عبده أمته فاستولدها المكاتب الأول أخذت منه عقرها) لما سقط الحد عنده بشبهة حق الملك له فيها بعد عجزها و عجز من كاتبها (و مضت على كتابتها) لأنها أحق بنفسها و مكاسبها (و ولدها بمنزلتها) لأنه جزء منها - اه ص ٢٢ .

(٤) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ج ٨ ص ٢١ : (و إن عجزت هى و المولى هو المدعى للولد و المكاتب الأول ميت فالولد حر و على المولى قيمته) لأن كتابة المكاتب باق بعد موته للوفاء بها و بولدها ، و قد بينا أنها لو عجزت فى حياة المكاتب أخذ المولى ابنه بالقيمة ، فكذلك بعد موته - اه .

(٥) وفى ه «يكون » و هو فى م، د غير منقوط ؛ والصواب « و تكون » بصيغة التأنيث ، أى تكون القيمة للمكاتب .

لأنى استحسنت ذلك فأكره أن أجعله ولده رقيقا[1] .

قلت : أرأيت الأم هل تصير أم ولد للسيد ؟ قال : لا، ولكنها مملوكة للمكاتب[2] .

قلت : أفرأيت المكاتب إذا كاتب[3] جارية له ثم إن المكاتب
٥ عجز فرد فى الرق ثم وطئ السيد الجارية التى كاتبها فعلقت ما القول فى ذلك ؟ قال : هى فى هذا الوجه بمنزلة ما كانت[4] ، ويكون الولد ولده ، وتخير الجارية فان شاءت العجز عجزت وتصير أم ولده[5] . وإن شاءت أن تمضى على مكاتبتها وتأخذ عقرها[6] منه فعلت .

قلت : أفرأيت إن لم يعجز المكاتب ولكنه مات بعد ما وطئ
١٠ السيد مكاتبته [7]فعلقت ولم يترك شيئا ؟ قال : هذه بمنزلة الأول أيضا .

قلت : فان كان للمكاتب ورثة أحرار وفى المكاتبة[7] فضل[8] ؟ قال :

(١) قوله « أجعله ولده رقيقا » كذا فى الأصول ، أى أجعل الولد ابنه رقيقا.
(٢) وفى المختصر وشرحه للسرخسى : (وكانت الأم مملوكة لورثة المكاتب إن كان له وارث سوى المولى ، وإن لم يكن صارت للمولى بالإرث وكانت أم ولد له) لأنه ملكها وله منها ولد ثابت النسب - اه ج ٨ ص ٢١ .
(٣) كذا فى م ، د ؛ وفى ه « كانت » تصحيف .
(٤) كذا فى ه ، د ؛ وفى م « بمنزلة ما كاتب » .
(٥) كذا فى م ، د ؛ وفى ه « أم ولد » .
(٦) كذا فى م ، د ؛ وفى ه « عقدها » تصحيف .
(٧-٧) من قوله « فعلقت ... » ساقط من ه ؛ وزيد من م ، د .
(٨) كذا فى م ، د ؛ وفى ه « فعل » تصحيف .

هذه تمضى على مكاتبتها، فان أدت عتقت، و يكون ما بقى من المكاتبة سوى ما أخذ السيد لورثة المكاتب .

قلت : فان كان الذى وطئها المكاتب ثم مات و لم يترك مالا هل تخيرها[1] فى هذا الباب؟ قال : إن كانت[2] لم تلد لم تخير، و إن كانت ولدت خيرت فان شاءت سعت هى و ولدها فى مكاتبته الأولى[3] ٥ و رفضت مكاتبتها، و إن شاءت قبضت على مكاتبتها . قلت : و لم؟ قال : لأنه لم يترك مالا . قلت : فلو ترك مالا فيه وفاء بمكاتبته أدى مكاتبته و عتق و بطل عنها المكاتبة؟ قال : نعم .

قلت : أرأيت إن عجزت فى الباب الأول و المدعى للولد المولى و مكاتب الأول[4] ميت ما حالها و حال ولدها؟ قال : أما ولدها فحر، ١٠ و على أبيه قيمته ، [5]فان كان فى قيمته[5] وفاء للمكاتبة عتق المكاتب، و كانت الأم مملوكة لورثته إن كان له ولد أحرار . قلت : و لم؟ قال : لأن المكاتب و ولدها[6] بمنزلة مال التركة استحسنت أن أجعل الولد له[7]

---

(١) و فى م ، هـ « يخيرها » و هو فى د غير منقوط ؛ و الصواب « تخيرها » .

(٢) كذا فى م ، د ؛ و فى هـ « كان » .

(٣) كذا فى الأصول ، و لعل الصواب « المكاتبة الأولى » .

(٤) كذا فى الأصول ، و الصواب « المكاتب الأول » .

(٥ - ٥) سقط قوله « فان كان فى قيمته » من هـ .

(٦) كذا فى الأصول ، أى « و ولد الأمة » .

(٧) كذا فى م ، د ؛ و سقط حرف « له » من هـ .

بالقيمة و لا يباع ، و أما الأم مملوكة لورثة المكاتب ، فان[١] لم تكن له ورثة سوى المولى [٢]فهى أم ولد للمولى[٢] .

قلت : أ رأيت إن مات المكاتب و ترك مالا كثيرا ما القول فى ذلك؟ قال : يردون[٣] ما بقى من المكاتبة إلى السيد ، و المكاتبة على مكاتبتها ،
٥ فان عجزت ردت فى الرق ، و يكون الولد للسيد بالقيمة ، و تكون القيمة لورثة المكاتب. قلت : فما حال الأم ؟ قال : هى[٤] مملوكة لورثة المكاتب إذا كان له ورثة[٥] سوى المولى . قلت : و لم جعلت عليه قيمة الولد فى هذا الوجه؟ قال : لأن المكاتب مات و ترك وفاء و قد قبض المولى مكاتبته من تركته فصار حرا فكأنه[٦] قد كان عتق قبل أن يموت ؛
١٠ ألا ترى أنه لو أدى المكاتبة عتق ثم إن مكاتبته عجزت و قد كان السيد وطئها فولدت منه جعلت لها الولد بالقيمة و استحسنت[٧] أن يسترقه المكاتب ! و أما الأم فمملوكة له. قلت : و كذلك إن مات و ترك وفاء و قبض السيد ما بقى من مكاتبته ثم عجز بعد ذلك ؟ قال : نعم .

(١) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « فاذا » .
(٢-٢) كذا فى م ، د ؛ و سقط قوله « فهى أم ولد للمولى » من ه .
(٣) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « يؤدون » .
(٤) كذا فى م ، د ؛ و سقط لفظ « هى » من ه .
(٥) كذا فى م ، ه ؛ و فى د « وارثة » و ليس بشىء .
(٦) كذا فى ه ، م ؛ و فى د « مكانه » .
(٧) كذا فى م ، ه ؛ و فى د « استحقت » تصحيف .

قلت: أرأيت المكاتب يكاتب عبدا له ثم كاتب مكاتبه عبدا له أيضا أيجوز ذلك؟ قال: نعم. قلت: وكذلك لو كانت أمة له؟ قال: نعم.

قلت: أرأيت إن كاتب الثانى أمة له ثم إن المكاتب الأول وطئ مكاتبة الثانى فولدت منه ما القول فى ذلك؟ قال: يأخذ عقرها[1] منه وتمضى على مكاتبتها، وولدها بمنزلتها. فان أدت عتقت وعتق ولدها معها. ٥

قلت: أرأيت إن عجزت فردت فى الرق ما حالها وحال ولدها؟ قال: هى مملوكة لمولاها، ويكون الولد للمكاتب الأول بقيمته. قلت: لم؟ قال: إنى استحسنت ذلك وتركت القياس فيه وجعلته بمنزلة المولى إذا وطئ مكاتبة مكاتبه. ١٠

قلت: أفرأيت إذا أخذه بالقيمة أيكون بمنزلته يعتق بعتقه ويرق برقه ولا يكون له أن يبيعه؟ قال: نعم. قلت: فان أعتق المولى ولده بعد ذلك هل يجوز عتقه؟ قال: نعم.

قلت: أرأيت إن كاتب المكاتب عبدا له ثم إن المكاتب الثانى كاتب أيضا عبدا له ثم إن المكاتب الأوسط عجز ما حال مكاتبه؟ قال: هو مكاتب للمكاتب الأول، ويسعى له فى مكاتبته فان[2] أداها عتق، وإن عجز رد فى الرق، وكان عبدا له. قلت: ولا يكون عجز ١٥

---

(١) كذا فى م، د؛ وفى ه «يأخذها عقدها» تحريف.

(٢) كذا فى م، ه؛ وفى د «فاذا».

الأوسط[1] عجزا المكاتب؟ قال: لا .

قلت : أرأيت رجلا كاتب أمة له فولدت ولدا جارية ثم إن الولد ولد ولدا احيا فأعتق المولى المكاتبة هل يعتقون جميعا؟ قال : نعم .

٥ قلت : أرأيت إن أعتق المولى الوسطى هل يعتق ولدها معها؟ قال : لا فى قول أبي يوسف و محمد ، و أما فى قول أبي حنيفة فيعتق الأسفل معه . قلت : و لم؟ قال : لأنها بمنزلة ولد المكاتبة ، و لا يعتق إلا بعتقها . فاذا أعتقت الجدة عتقوا جميعا ، و إن أعتق الوسطى لم يعتق غيرها ، و لا يعتق ولدها بعتقها لأنها ليست بمكاتبة نفسها ، و إنما يعتق ١٠ ولدها بعتق جدتها فى قول أبي يوسف و محمد . و قال أبو حنيفة : يعتق ولدها إذا عتق . و قال أبو يوسف و محمد : ألا ترى أن كسبها جميعا و قيمتها للجدة و لا يكون للوسطى من كسب ولدها شيء[2] .

قلت : أفرأيت الرجل إذا كاتب عبدا له فكاتب المكاتب عبدين له جميعا و جعل مكاتبتهما جميعا واحدة و جعل نجومهما واحدة إن عجزا ردا ١٥ و إن أديا عتقا هل يجوز ذلك كما يجوز لو كاتبهما المولى؟ قال : نعم .

قلت : أرأيت إن كاتب المكاتب عبدا له و جارية له جميعا مكاتبة واحدة[3] و جعل نجومهما واحدة إن أديا عتقا و إن عجزا ردا و كفل

(١) قوله « عجز الأوسط » مكرر فى ه ، د .

(٢) كذا فى م ، ه؛ و فى د « شيئا » بالنصب تصحيف .

(٣) كذا فى ه ، د؛ و فى م « بمكاتبة والده » .

كل

كل واحد منهما لصاحبه ثم إن المكاتب الاول وطئ الجارية فعلقت منه فولدت ولدا ما حالها و حال ولده؟ قال. ولدها بمنزلتها، و هي على مكاتبتها، و تأخذ[١] عقرها من المكاتب. قلت. و لا تخيرها؟ قال: لا. قلت: و لم؟ قال: لأنها لا تكون عاجزة دون المكاتب الآخر الذي معها، ألا ترى أنها لو عجزت لم ترد. و لم تصر[٢] له أم ولد المكاتب[٣] ٥ لأن شريكها إذا أدى عنها[٤] عتق، و عتقت معه لأن المكاتبة واحدة لا يعجزان إلا جميعا و لا يعتقان إلا جميعا. و لا يكونان بمنزلتها لو كاتبها وحدها.

قلت: أرأيت إن أدى المكاتب مكاتبته هل يعتق ولدها بعتقه؟ قال: نعم. قلت: و تكون هي على مكاتبتها و لا يكون لها الخيار؟ ١٠ قال: نعم. قلت. و لم؟ و قد عتق سيدها! قال: هو سواء عتق أو لم يعتق، و لا تكون عاجزة دون صاحبها، و لا تعجزان[٥] إلا جميعا، و لو عجزت لم ترد لأن صاحبها لو أدى عتقا جميعا! فكذلك الباب الأول. قلت: فما لك أعتقت ولده حيث أعتق؟ قال: لأنه حيث صار حرا عتق ولده بعتقه؛ ألا ترى لو أن حرا كاتب عبدا له و أمة على ١٥

(١) كذا في م؛ و في هـ «يأخذ» و هو في د غير منقوط.
(٢) كذا في هـ، د؛ و في م «و لم تصرن» و ليس بشيء.
(٣) كذا في م، د؛ و في هـ «للمكاتب».
(٤) كذا في م، د؛ و سقط قوله «أدى عنها» من هـ.
(٥) و في هـ «لا يعجزان» و هو في م، د غير منقوط؛ و الصواب «لا تعجزان».

ما وصفت لك فوطئ الجارية فعلقت عتق الولد ولا تستطيع الجارية أن تعجز دون صاحبها! وكذلك المكاتب إذا أدى فعتق.

قلت: أرأيت هذا المكاتب الذى كاتب عبدا وأمة[1] له على مكاتبة واحدة على ما وصفت لك[2] ثم عمد السيد الأول إلى الأمة فوطئها فولدت منه أيكون ولده حرا؟ قال[3]: هو بمنزلة أمه يعتق بعتقها، فان عجزت هى وصاحبها فردا جميعا كان له ولده بالقيمة، وأما ما لم[4] يعجز فليس عليه فى الولد قيمة[5]، وهى بمنزلة أمه[6].

قلت: أفرأيت هذا المكاتب إذا كاتب عبدا له وامرأته جميعا مكاتبة واحدة فولدت امرأته ولدا أيكون الولد وكسبه لها دون الأب كما يكون إذا كاتبها المولى؟ قال: نعم.

قلت: أرأيت إذا كاتب السيد مكاتبتين له مكاتبة واحدة وجعل نجومهما واحدة ثم إن إحدى المكاتبتين ولدت ولدا فوطئ السيد ولد المكاتبة فعلقت هل تصير أم ولد له؟ قال: لا، والولد حر. قلت: فهل يثبت نسب الولد؟ قال: نعم. قلت: فهل عليه فى الولد

(١) وفى م، ه «أوامة» والصواب «وأمة».

(٢) من قوله «فوطئ الجارية» س ١ ساقط من د.

(٣) قوله «قال» كذا فى م، د؛ وفى ه «فان» تصحيف.

(٤) كذا فى م، د؛ وفى ه «واما لم».

(٥) كذا فى ه؛ وفى م، د «قيمته».

(٦) كذا فى الأصول، والصواب «وهو بمنزلة أمه».

قيمة ؟ قال : ليس عليه فى الولد قيمة ، و هو حر . قلت : و لم ؟ قال : لأن الأم الأولى إذا عتقت عتق ولدها معها ، و إن عجزت هى و صاحبها جميعا صار الولد ولده بغير قيمة . قلت : أ فرأيت ابنتها التى وطئ السيد إن قالت « أنا أريد أن أصير أم ولد للسيد » أ يكون ذلك لها ؟ قال : لا . ٥

قلت : أ رأيت رجلا كاتب عبدا له فكاتب المكاتب أمة له ثم إن مكاتبة المكاتب ولدت ولدا ثم ماتت و بقى ولدها ثم مات المكاتب بعد ذلك ما حال الولد ؟ قال : يسعى فيما كان على أمه على نجومها ، فان أدى عتق و عتقت أمه معه ، و ينظر إلى ما أداه ، فان كان فيه وفاء لمكاتبته الأولى عتق أيضا لأن ما أدى الولد فانما يصير للمكاتب الأول . ١٠ قلت : و لم صار هذا هكذا ؟ قال : لأن المكاتب الأول حيث مات صار ما على مكاتبته دينا له من تركته ، فمن ثم عتق المكاتب الأول .

قلت : أ رأيت رجلا كاتب جاريتين له مكاتبة واحدة فأعتق إحداهما و وطئ الأخرى فعلقت منه ؟ قال : تعتق[1] التى[2] أعتق ، و ترفع حصتها من المكاتبة عن الأخرى ، و تخير الأخرى التى علقت منه فان ١٥ شاءت سعت فيما بقى من المكاتبة فان أدت عتقت ، و إن شاءت عجزت و كانت[3] أم ولد ؛ و تبطل المكاتبة عنهما جميعا .

---

(١) و فى ه « يعتق » بالتذكير ، و الصواب « تعتق » بالتأنيث .

(٢) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « الذى » مكان « التى » تصحيف .

(٣) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « فكانت » .

قلت: أرأيت مكاتبة كاتبت عبدا لها على ألف درهم فولدت فى مكاتبتها ولدا ثم ماتت[١] ولم تدع شيئا؟ قال: يسعى الولد فيما على أمه، و مكاتبها على مكاتبته[٢] يسعى فى مكاتبته[٣] فما أدى من شيء أخذه المولى حتى يستوفى المكاتبة، فان أدى قبل الولد عتق و ولاؤه للمولى

٥ ثم يؤدى ذلك[٤] إلى المولى من مكاتبته و يعتق ولدها، فان كان مكاتبته أكثر من مكاتبة مولاته[٥] فأدى مكاتبه[٦] مكاتبة مولاته إلى المولى عتق الولد و يقبض الولد منه ما بقى عليه، و يعتق هو إذا أدى ذلك و يكون ولاؤه للولد[٧]، و إن كان أدى مكاتبته قبل مكاتبة مولاته

---

(١) كذا فى ه، م؛ و فى د «مات». تصحيف.

(٢) أى على مكاتبة نفسه، إذا أداها عتق.

(٣) كذا فى م، د؛ و لم يذكر قوله «يسعى فى مكاتبته» فى ه.

(٤) أى ثم يؤدى المكاتب مكاتبة مولاته إلى المولى بعد ما أدى مكاتبة نفسه.

(٥) كذا فى م، ه؛ و فى د «مولاه» و ليس بصواب.

(٦) كذا، فى م، ه؛ وفى د «مكاتبته»؛ لفظ «مكاتبه» زائد زاده الناسخ، و الصواب «فأدى مكاتبة مولاته».

(٧) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ج ٨ ص ٢٢: (مكاتبة كاتبت عبدا ثم ولدت ولدا ثم ماتت و لم تدع شيئا قال: يسعى الولد فيما على أمه) لأنه مولود فى كتابتها، و لا يجوز أن يعتبر ما على المكاتب فى إسقاط السعاية عنه (لأن ذلك دين) لا يمكن أداء كتابتها منه قبل حله (ألا ترى أنه لو كان لها على حر دين الى أجل قضى على الولد بالسعاية) فكذلك هنا (فان كان نجم الكتابة إلى سنة فقضى على الولد بالسعاية فعجز عنها عند حله) قبل حلول ما على المكاتب =

و أدى

و أدى ذلك فانه يعتق و يكون ولاؤه للولى ثم يؤدى ذلك إلى المولى عن مكاتبته[1] فتعتق هى و ولدها الباقى . و يكون ولاؤهم للولى أيضا ، و ذلك لأن الأولى[2] عتقت بعد عتق الباقى[3] ، و لا يكون لابنها ولاء حتى يعتق ابنها قبل عتق الأخرى ؛ ألا ترى أنها لو تركت مالا سوى المكاتبة أخذ المولى مكاتبتها من ذلك و أعتق الولد وكان ولاء المكاتب للولد . ٥ قلت : أرأيت إن أدى الأول[4] قبل العتق هل يعتق ؟ قال : نعم ، و يؤدى المكاتب إليه ما عليه من المكاتبة . قلت : أرأيت الابن هل تستسعيه فى شىء أو تقضى عليه بالسعاية ما دام مكاتبا ؟ قال : نعم أقضى عليه بما على أمه من المكاتبة ، يسعى فيه نجوما . أو يكون فى ذلك بمنزلة أمه . قلت : و لم ؟ و قد تركت مالا ! قال : لأن ما على المكاتب إنما ١٠

= أو قبل حلول الدين الذى على الأجنبى (فانه يرد فى الرق) لأنه قائم مقام الأم ، و لو عجزت هى فى حياتها من أداء نجم حل عليها ردت فى الرق ، و لا يلتفت إلى ما لها من الدين المؤجل على غيرها لأنها لا تصل إلى ذلك إلا بعد حله ، فقبل الحلول بمنزلة المعدوم فى تحقق عجزها حتى ترد فى الرق ، فكذلك ولدها بعد موتها (فان رد فى الرق ثم خرج الدين من الأجنبى أو المكاتب فهو للولى و الولد رفيق) له لأن كتابتها قد بطلت بقضاء القاضى برد الولد فى الرق فهذا المال كسب أمته فيكون للولى مع ولدها ، و الله سبحانه و تعالى أعلم ـ اهـ ص ٢٣ .

(١) كذا فى الأصول ، و لعل الصواب « مكاتبتها » .

(٢) كذا فى ه ، د ؛ و فى م « للاولى » .

(٣) كذا فى م ، ذ ؛ و فى ه « الثانى » .

(٤) كذا فى الأصول ، و لعل الصواب « الأولى » .

هو دين؛ ألا ترى أنه لو كان على رجل دين إلى أجل قضيت على الولد بالسعاية، فإذا خرج الدين أخذه المولى! فكذلك المكاتب.

قلت: أرأيت إن كان نجم المكاتب أجله[١] إلى سنة و الولد يحل عليه نجمه إلى شهر فقضيت عليه بالسعاية فحل عليه نجمه فعجز عنه
٥ فلم يؤده[٢] هل يرد في الرق؟ قال: نعم، يرد في الرق. قلت: و لم؟ قال: لأن ما على المكاتب لا يقدر عليه إلا بعد حله، ألا ترى لو[٣] أن المكاتبة تركت مالا على رجل إلى سنة ثم حل نجمه فلم يؤده[٢] رد في الرق! و كذلك ما على المكاتب.

قلت: أفرأيت إذا رد في الرق ثم أدى المكاتب بعد ذلك
١٠ و خرج الدين ما القول في ذلك؟ قال: ذلك كله للولى، و ولده الأول رقيق. قلت: و لم؟ قال: لأنه إذا رد في الرق كان عبدا وكان ما ترك بعد ذلك من دين للولى و كان هو رقيقا[٤].

باب مكاتبة الأب على نفسه و ولده الصغار

قلت: أرأيت رجلا كاتب عبدا له على نفسه و ولده الصغار بألف
١٥ درهم مكاتبة واحدة و جعل النجوم واحدة إذا أداها عتقوا، و إذا عجز ردوا هل يجوز ذلك؟ قال: نعم. قلت: ولم أجزت هذا و قد دخل

(١) كذا في ه؛ و في م، د «حله».
(٢) كذا في ه؛ و في م، د «فلم يرده» و ليس بشيء.
(٣) كذا في م، د؛ و سقط حرف «لو» من ه.
(٤) كذا في م، ه؛ و في د «رقيقها».

ولده الصغار معه فى المكاتبة[١] من غير أن يرضوا بها و لا يعقلوها[٢]؟ قال: لأنه كاتب عليهم. قلت: أ فرأيت إن أدى من المكاتبة[١] قيمة نفسه هل يعتق؟ قال: لا يعتق هو و لا أحد من ولده حتى يؤدى جميع المكاتبة. قلت: و لم؟ قال: لأن المكاتبة واحدة، و لا يعتقون إلا جميعا. ٥

قلت: أ فرأيت إن عجز الأب فرد فى الرق هل يرد معه ولده؟ قال: نعم. قلت: أ رأيت إن أدرك ولده فقالوا «نحن نسعى فى المكاتبة»؟ قال: لا يلتفت إليهم، لأن[٣] الأب حيث عجز فرد فهو رد لهم.

قلت: و كذلك إن أدركوا فعجز الأب بعد ما أدركوا فرد فى الرق أ يكون[٤] هذا ردا لهم جميعا؟ قال: نعم. قلت: أ فرأيت إن ١٠ قالوا بعد ذلك «نحن نسعى فى المكاتبة» هل يلتفت إليهم؟ قال: لا.

قلت: أ فرأيت إن مات الأب و لم يدع شيئا ما حال ولده؟ قال: يسعون فى المكاتبة، فان أدوا عتقوا، و إن عجزوا ردوا رقيقا. قلت: أ فرأيت إن كانوا صغارا لا يقدرون على أن يسعوا[٥] هل يردون فى الرق[٦]؟ قال: نعم. قلت: أ فرأيت إن كانوا صغارا ١٥

(١) كذا فى م، د؛ و فى ه «الكتابة».
(٢) كذا فى م، د؛ و فى ه «و لا يعقلوا ما» تصحيف.
(٣) كذا فى م، د؛ و فى ه «لأنهم» و ليس بشىء.
(٤) كذا فى م، د؛ و فى ه «لا يكون» تصحيف.
(٥) كذا فى م، ه؛ و فى د «على الأداء» مكان «على أن يسعوا».
(٦) كذا فى م، د؛ و فى ه «فى العتق» تصحيف.

يقدرون[1] على الأداء فسعى بعضهم فى جميع المكاتبة فأداها إلى المولى هل يرجع على إخوته بشيء؟ قال: لا. قلت: فهل يعتقون جميعا؟ قال: نعم. قلت: فلم لا يرجع عليهم؟ قال: لأنه إنما أدى عن أبيه، و لم يؤد[2] عنهم. قلت: أ فرأيت إن أدى من المكاتبة قدر قيمته هل ٥ يعتق؟ قال: لا، حتى يؤدى جميع المكاتبة.

قلت: أ فرأيت إن مات بعضهم هل يرفع عن نفسهم شيء من المكاتبة؟ قال: لا. قلت: و لم؟ قال: لأن المكاتبة على الأب، و لأنهم لا يعتقون إلا بأدائها جميعا. قلت: و كذلك إن ماتوا جميعا و بقى واحد كان عليه جميع المكاتبة؟ قال: نعم.

١٠ قلت: أ رأيت إن كانوا أحياء و قد مات[3] الأب هل يكون للسيد أن يأخذ أيهما شاء[4] بجميع المكاتبة؟ قال: نعم. قلت: لم؟ قال: لأنه كاتب عليهم؛ ألا ترى أنه لا يعتق حتى يؤدى جميعا و هو فى هذه الحال[5] بمنزلة أبيه.

قلت: أ فرأيت أن أحدهم إذا أدى جميع المكاتبة فأعتقوا جميعا ١٥ ثم أصيب للمكاتب مال كثير ما القول فى ذلك؟ و هل يرجع هذا الذى

(١) كذا فى م، د؛ و فى ﻫ «لا يقدرون» تحريف.

(٢) كذا فى م، ﻫ؛ و فى د «و لم يرد» تصحيف.

(٣) كذا فى م، د؛ و فى ﻫ «و مات».

(٤) كذا فى م، د؛ و فى ﻫ «شيئا» تصحيف.

(٥) كذا فى م، د؛ و فى ﻫ «الحالة».

أدى

أدى المكاتبة فى مال أبيه؟ قال: لا، و يكون ذلك بينهم ميراثا[1] جميعا. قلت: و لم لا يرجع به فى مال أبيه؟ قال: لأنه بمنزلته فى المكاتبة.

قلت[2]: أ فرأيت إن أعتق المولى بعضهم ما القول فى ذلك؟ قال: عتقه جائز. قلت: فهل يرفع عن الباقين شىء من المكاتبة؟ قال: نعم يرفع عنهم بحصة قيمة هذا المعتق من المكاتبة. قلت: و لم؟ قال: ٥ لأن السيد قد أعتقه، و لا يشبه العتق فى هذا الموت بمنزلة ما قد قبض.

قلت: أ رأيت إن كانت فيهم جارية فوطئها السيد فعلقت ما القول فى ذلك؟ قال: يأخذ عقرها من السيد. و لولد ولده، و هى مكاتبة على حالها. قلت: أ رأيت إن قالت «أنا أعجز و أصير أم ولد» أ يكون[3] ذلك لها؟ قال: لا. قلت: و لم؟ و قد ولدت من سيدها! قال: ١٠ لأنها لا تكون عاجزة ما دام شركاؤها يسعون؛ أ لا ترى أن بعضهم إذا أدوا عتقوا جميعا و عتقت معهم! فلذلك[4] لم يكن لها[5] الخيار، و هذا بمنزلة مكاتبتين[6] كاتبهما رجل مكاتبة واحدة ثم وطئ إحداهما فعلقت فلا يكون لها الخيار، و كذلك الباب الأول.

(١) كذا فى م، د؛ و فى ه «ميراث».

(٢) كذا فى ه، و سقط لفظ «قلت» من م، د.

(٣) قوله «أيكون» كذا فى م، د؛ و فى ه «يكون» سقط منها همز الاستفهام.

(٤) كذا فى د؛ و فى م، ه «فكذلك».

(٥) كذا فى م، ه؛ و فى د «لهم» مكان «لها» و ليس بصواب.

(٦) كذا فى د؛ و فى م، ه «مكاتبين» تصحيف.

قلت : أرأيت إذا عجزوا جميعا هل تصير التى كانت ولدت أم ولد؟ قال: نعم .

قلت : أفرأيت إن كان الأب حيا فأدى جميع المكاتبة هل يرجع على ولده بشيء؟ قال : لا .

٥ قلت : أفرأيت إن أدى بعض الولد جميع المكاتبة فى حياة أبيه هل يرجع على أبيه بشيء؟ قال : لا . قلت : ولم؟ قال : لأنه شيء تطوع به على أبيه ، ولم يكن عليه شيء من المكاتبة مع أبيه ، وإنما كاتب الأب عنه .

قلت : أفرأيت إن كان وُلده كبارا فكاتب على نفسه و ولده بغير

١٠ رضاهم و لا علمهم فأدى جميع المكاتبة هل يعتقون جميعا؟ قال : نعم . قلت : ولم؟ قال : لأن السيد قد كاتبه عليهم[1] جميعا .

قلت : أرأيت إذا أدى الأب المكاتبة هل يرجع على ولده بشيء؟ قال : لا . قلت : ولم؟ قال : لأن الولد لم يرضوا بالمكاتبة ، ولم يكاتبوا على أنفسهم ، ولم يدخلوا مع الأب فيها .

١٥ قلت : أفرأيت رجلا كاتب مملوكا وامرأته مكاتبة واحدة على أنفسهما و أولادهما وهم صغار وجعلا نجومهما واحدة إن أديا عتقا ، وإن عجزا ردا ، ثم إن بعض الولد قتله إنسان خطأ لمن تكون[2] قيمته؟ قال:

(١) كذا فى ه؛ وفى م ، د « كاتبهم عليهم » ولعل الصواب « كاتب عليهم » .

(٢) كذا فى م ، د؛ وفى ه « تكون له » .

قيمته لهما جميعا يستعينانها[١] فى مكاتبتهما، و تكون للسيد أن يأخذها و يحبسها من المكاتبة. قلت: و لم؟ قال: لأن المولى ليس له على الولد سبيل؛ ألا ترى أنه ليس له أن يستسعيه فى شيء من المكاتبة، و أن حقه على الأب و الأم.

قلت: فان كان الولد قد غاب فأراد المولى أن يستسعيه بعد ٥ ذلك أ له ذلك؟ قال: لا. قلت: لم؟ قال: لأنه كاتب أباه و أمه و هو صغير، و إنما الحق على الأب و الأم ما داما حيين لأنهما اللذان كاتبا[٢].

قلت: أ رأيت إذا كبر الولد فاكتسب مالا هل للأب على ماله ١٠ سبيل؟ قال: لا.

قلت: أ فرأيت إذا مات بعض الولد[٣] فاكتسب مالا يكون ذلك المال للأبوين جميعا يؤدى فيه[٤] المكاتبة و ليس للسيد منه شيء؟ قال: نعم. قلت: و لم؟ قال: لأن المكاتبة على الأبوين، و ليس على الولد منه[٥] شيء.

قلت: أ فرأيت إن أعتق السيد الولد هل يرفع عن الأبوين شيء ١٥ من المكاتبة؟ قال: نعم. قلت: و لم؟ قال: لأن الولد قد دخلوا

---

(١) و فى ه «يستعينا بها» و ليس بشيء.
(٢) كذا فى الأصول، أى لأنهما اللذان كوتبا».
(٣) كذا فى م، د؛ و سقط لفظ «الولد» من ه.
(٤) كذا فى م، د؛ و سقط لفظ «فيه» من ه.
(٥) كذا فى الأصول، و الأنسب «منها».

معها[1] فى المكاتبة . قلت : و كم يرفع[2] عنهما ؟ قال : قدر حصة الولد من المكاتبة .

قلت : أ فرأيت إذا اكتسب الولد مالا هل للأبوين أن يأخذا المال منه ؟ قال : لا . قلت : و لم ؟ و قد[3] زعمت أن كسب ولد المكاتبة ٥ لها ! قال : ليسا بسواء ، لأن الولد إذا ولد فى المكاتبة فهو بمنزلة أمه ، و إذا كان معها فى المكاتبة فليس لها على كسبه سبيل ، لأنه مكاتب معها .

قلت : أ فرأيت إن مات الأب أو الأم هل يكون للولى على الولد سبيل فى شىء من المكاتبة ؟ قال : لا ما دام أحدهما حيا ، إلا أن يموتا ١٠ جميعا ، فأما إذا ماتا جميعا كان على الولد[4] أن يؤدى [5]جميع مال المكاتبة[5] حالة ، و إلا رد فى الرق . قلت : و لم ؟ قال : لأن جميع المكاتبة على الباقى منهما ، و ذلك إذا كان المولى كاتب الأبوين على الأولاد و هم يومئذ كبار ، فأما إذا كان كاتبهما على أولادهما و هم صغار فهو بمنزلة ما ولد فى مكاتبتهما فى السعاية فيما عليهما من المكاتبة على النجوم إذا ١٥ مات الأبوان .

---

(١) كذا فى الأصول ، و الصواب « معهما » .

(٢) كذا فى م ، هـ ؛ و فى د « و لا يرفع » و ليس بشىء .

(٣) كذا فى م ، هـ ؛ و سقط لفظ « و قد » من د .

(٤) كذا فى م ، د ؛ و فى هـ « على الوالد » .

(٥-٥) كذا فى م ، د ؛ و فى هـ « جميع المكاتبة » .

باب

باب مكاتبة الوصى رقيق اليتامى

قلت: أ رأيت وصيا كاتب عبدا ليتامى[١] هل يجوز ذلك؟ قال: نعم[٢]. قلت: أ فرأيت إذا كاتبه الوصى ثم وهب له المال بعد ذلك هل يجوز ذلك؟ قال: لا. قلت: و لم و قد أجزت المكاتبة؟ قال: لأن الوصى لم يملك هذا المال الذى وهب و لا يهب ما لا يملك، و إنما أجزت المكاتبة لأنها عندى[٣] بمنزلة البيع.

قلت: أ رأيت إذا أقر الوصى أنه قد قبض المال من المكاتبة هل يجوز ذلك؟ قال: نعم، و يعتق العبد.

قلت: أ رأيت إن قال الوصى «قد كنت[٤] كاتبته[٥] و أدى[٦] إلى»

---

(١) كذا فى الأصول، و فى المختصر «عبدا لليتيم» و فى شرحه للسرخسى «عبد اليتيم».

(٢) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ج ٨ ص ٢٦: (وللوصى أن يكاتب عبدا ليتيم) استحسانا، و فى القياس لا يصح ذلك منه لأنه إرقاق للحال و إعتاق باعتبار المآل، وجه الاستحسان أن الوصى قائم مقام اليتيم فيما فيه النظر له، والكتابة أنظر له من البيع لأن بالبيع يزول ملكه عن العين قبل وصول البدل إليه، وبالكتابة لا يزول ملكه عن العين إلا بعد وصول المال إليه، و تسقط نفقته عنه فى الحال، و إذا تعذر وصول المال إليه بعجزه تفسخ الكتابة فكان عبدا له على حاله، فاذا ملك البيع ملك الكتابة بالطريق الأولى - اه.

(٣) كذا فى م، د؛ و فى ه «عند».

(٤) كذا فى م، د؛ و فى ه «كتب» مكان «كنت».

(٥) كذا فى د، م؛ و فى ه «مكاتبته».

(٦) كذا فى د، م؛ و فى ه «فادى».

هل يصدق و يعتق بقوله ذلك؟ قال: لا. قلت: و لم؟ و قد أجزته في الباب الأول! قال: لأن الباب الأول قد[1] كاتبه[2] ببينة، فأما إذا قال «قد كنت كاتبته و أدى إلى» و لم يقم[3] بينة فليس قوله ذلك بشيء و لا يصدق.

٥ قلت: أ فرأيت الوصى إذا كاتب عبدا و أمة لليتامى أ هو سواء؟ قال: نعم. قلت: و يجوز ذلك؟ قال: نعم.

قلت: أ فرأيت الوصى إذا كاتب عبدا أو أمة وكّل الوصى رجلا يقبض ذلك من المكاتبة أيجوز ذلك إن قبض الوكيل؟ قال: نعم.

قلت: أ فرأيت إن أدرك اليتيم بعد ما كاتبه الوصى فأبى اليتيم أن ١٠ يجيز المكاتبة و المكاتب على حاله لم يؤد شيئا هل له أن يرده؟ قال: لا، و لكن المكاتبة جائزة، و يستسعيه الولد.

قلت: أ رأيت إن أدى المكاتب المكاتبة إلى الوصى بعد ما أدرك اليتيم هل يجوز ذلك؟ قال: لا. قلت: فان نهاه اليتيم أن يدفعه إلى الوصى؟ قال: و إن[4]، فلا يجوز أن يدفع إلى الوصى، بمنزلة المديون، ١٥ فان كاتب العبد فأدى[5] كاتبه[6] ثم أدرك الصبى فليس له أن يقبض.

(١) كذا في د، و سقط حرف «قد» من ه، م.
(٢) كذا في ه، م؛ و في د «كاتبته» تحريف.
(٣) كذا في د؛ و في ه، م «لم تقم».
(٤) كذا في الأصول، و سقطت العبارة بين قوله «و إن» و بين قوله «فلا يجوز» يدل عليه سياق المسألة.
(٥) كذا في م، د؛ و في ه «فاذا» تصحيف.
(٦) كذا في الأصول قوله «كاتبه» و لعل الصواب «فادى مكاتبته» و في ه «فاذا هو كاتبه».

قلت : أ رأيت إن قبضه اليتيم بعد ما يبلغ من المكاتب هل يجوز ؟
قال : نعم يجوز، و هو بمنزلة رجل أمر رجلا أن يكاتب عبده فكاتبه .

قلت : أ رأيت إن أدرك اليتيم فعمد الوصى فدفع إلى اليتيم ماله و برئ إليه من الوصية ثم قبض الوصى بعد ذلك من المكاتب[1] مكاتبته هل يجوز ذلك ؟ قال : لا . ٥

قلت : أ رأيت إن كان القاضى قد أخرجه من الوصية إلى غيره هل للوصى الأول الذى كاتب المكاتب أن يأخذ شيئا ؟ قال : لا .

قلت : أ رأيت إن أدى إليه شيئا هل يبرأ منه ؟ قال : لا . قلت : و لم ؟ قال : لأنه ليس بوصى ، و لأن الوصى غيره[2] . قلت : وكذلك إن قبض دينا لميت لم يجز ذلك ؟ قال[3] : نعم ، و هو فى ذلك بمنزلة ١٠ غيره .

قلت : أ رأيت الوصى إذا كاتب عبدا أو أمة ثم عجز المكاتب فرده الوصى و رضى بذلك المكاتب هل يكون رده ردا ؟ قال : نعم .

قلت : أ رأيت الوصى إن كاتب عبدين لليتامى مكاتبة واحدة و جعل نجومهما واحدة هل يجوز ذلك ؟ قال : نعم . قلت : و يجوز ١٥

---

(١) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « المكاتبة » تصحيف .
(٢) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ج ٨ ص ٢٧ : (و لا يعتق المكاتب إلا بالأداء إليه أو إلى وكيله ، و كذلك لو كان القاضى عزل الوصى الذى كان كاتب و جعل غيره وصيا كان قبض البدل إلى الثانى دون الأول) حتى لو أدى إلى الأول أو أدى إلى اليتيم لم يعتق - اه .
(٣) كذا فى م ، ه ؛ و فى د « قلت » مكان « قال » تحريف .

مكاتبة الوصى فى جميع رقيق اليتامى فيما يجوز مكاتبة الرجل فى رقيقه؟ قال: نعم.

قلت: أفرأيت الميت إذا كان له وصيان فكاتب أحدهما دون الآخر بغير إذن صاحبه هل يجوز ذلك؟ قال: لا. قلت: و لم؟ قال: ٥ لأنه لو باع أحدهما مملوكا لليتامى أو غير[1] ذلك لم يجز، فكذلك المكاتبة لا تجوز.

قلت: أرأيت إن كاتبه باذن صاحبه أيجوز ذلك؟ قال: نعم - و هذا قول أبى حنيفة و محمد؛ و فى قياس قول أبى يوسف: مكاتبة أحدهما بغير إذن صاحبه جائزة، كما يجوز بيع أحدهما دون صاحبه[2].

١٠ قلت: أفرأيت إذا[3] كاتب أحدهما مملوكا دون صاحبه بغير أمره فأدى إليه المملوك المكاتبة هل يعتق؟ قال: لا - فى قول أبى حنيفة و محمد. قلت: لم؟ قال: لأن المكاتبة كانت باطلة[4].

---

(١) كذا فى م، د؛ و فى هـ «و غير».

(٢) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ص ٢٧: (و لا يجوز لأحد الوصيين أن يكاتب بغير إذن صاحبه فى قول أبى حنيفة و محمد، و يجوز فى قول أبى يوسف بمنزلة بيع أحد الوصيين عبد اليتيم) فان عندهما لا ينفرد به أحدهما، لأن الأب أقام رأيهما مقام رأى نفسه، و رأى المثنى لا يكون كرأى الواحد؛ و أبو يوسف يقول: تصرف الوصى بحكم ولايته، و لكل من الوصيين ولاية تامة - اهـ.

(٣) كذا فى م، د؛ و فى هـ «ان».

(٤) كذا فى هـ، و فى م، د «باطلا».

قلت

قلت : أرأيت الوصى إذا أعتق عبدا لليتامى هل يجوز عتقه ؟ قال : لا . قلت : فكيف أجزت مكاتبته و لم تجز عتقه ؟ قال : لأن المكاتبة بمنزلة البيع فلا يجوز أن يعتق ما لا يملك .

قلت : أرأيت إن باعه نفسه بألف هل يجوز ذلك ؟ قال : لا . قلت : فكيف لا يجوز هذا و تجوز المكاتبة و هذا بيع ! قال : لأن هذا ليس ٥ بمكاتبة و لا بيع ، هذا عتق و لا يجوز ، بمنزلة قوله « أنت حر على ألف درهم » ؛ ألا ترى أنه لو قال له ذلك لم يجز ! فكذلك الباب الأول .

قلت : أرأيت الرجل أوصى إلى رجل و ورثته كبار ليس فيهم صغار فكاتب الوصى رقيقهم هل تجوز مكاتبته ؟ قال : لا . قلت : فلم أجزته إذا كانوا صغارا ؟ قال : لأنهم إذا كانوا صغارا كان له أن ١٠ يكاتب رقيقهم ، و إنما استحسنا إذا كانوا صغارا .

قلت : فان كان الورثة كبارا غيبا أهو سواء ؟ قال : نعم ، ليس للوصى أن يكاتب إذا كان الورثة كبارا ، غيبا كان الورثة أم شهودا[1] . قلت[2] : و كذلك إن كانوا صغارا فكاتب بعد ما أدركوا ؟ قال : نعم . قلت : و لم استحسنت ذلك ؟ قال : لأن الورثة إذا كاتبوه جاز ذلك ، ١٥ فأما إذا كانوا صغارا فمكاتبة الوصى جائزة[3] .

قلت : أفرأيت إن كان بعض الورثة صغارا[1] و بقيتهم كبارا[4]

---

(١) كذا فى هـ ، و فى م ، د « أم شهود » بالرفع .

(٢) سقط لفظ « قلت » من د .

(٣) كذا فى م ، د ، و فى هـ « جائز » .

(٤) كذا فى م ، هـ ، و فى د « صغار » « كبار » بالرفع و ليس بشىء .

فكاتب الوصى رقيقا من رقيقهم فأبى الكبار أن يجيزوا ألهم ذلك ؟
قال : نعم ، و لا يجوز المكاتبة . قلت : أ فرأيت إن كان عليه دين و له
وصى فكاتب الوصى بعض الرقيق هل يجوز ذلك ؟ قال : لا . قلت : و إن
كان الدين لا يحيط بماله ؟ قال : و إن .

٥ قلت : أ رأيت إن كان للميت مال كثير و له عبد و عليه دين و ماله
أكثر من دينه و هو فى يد الوصى فكاتب الوصى العبد ثم جاء الغرماء
فأرادوا رد المكاتبة ما القول فى ذلك ؟ قال : يأخذ دينهم من المال ،
و تجوز المكاتبة فى هذا الوجه . قلت : و لم أجزتها ؟ قال : لأن فى
المال وفاء ، و ليس على العبد سبيل للغرماء .

١٠ قلت : أ رأيت إن هلك المال فى يد الوصى قبل أن يقبضه الغرماء ؟
قال : المكاتبة مردودة ، و يباع العبد للغرماء . قلت : لم ؟ قال : لأنه
ليس للوصى أن يتلف مال الغرماء ، و إنما العبد فى هذا الوجه للغرماء .

قلت : أ رأيت الوصى إذا[1] كاتب عبدا للورثة و هم غيب و هم
كبار كلهم و قد كان أوصى إليه و الورثة كلهم كبار فقدموا فأبوا أن
١٥ يجيزوا المكاتبة أ لهم أن يردوها ؟ قال : نعم . قلت : و لم ؟ قال : لأنه
ليس للوصى أن يكاتب إذا كان الورثة كبارا ، و لا إذا كان على
الميت دين ، و لا إذا كان الميت أوصى بثلث ماله ؛ لأنه قد وقع
للموصى له[2] بعض الرقيق .

(١) كذا فى م ، د ، و فى ه « اذ » .
(٢) كذا فى م ، د ، و فى د « الموصي له » .

قلت : أرأيت الوصى فى أى شىء يجوز مكاتبته ؟ و[1] فى أى شىء لا تجوز[2] ؟ قال : إذا كان الورثة صغارا ولم يوص بشىء من الرقيق ولم يكن عليه دين[3] فمكاتبة الوصى جائزة ، وأما إذا كانوا كبارا فكان عليه دين[3] أو أوصى بثلث ماله فلا يجوز مكاتبته[4] .

---

(١) كذا فى م ، ﻫ ، و فى د « او » .

(٢) كذا فى م ، د ، وفى ﻫ « لا يجوز » .

(٣ - ٣) كذا فى م ، د ، و من قوله « فمكاتبة الوصى ... » ساقط من ﻫ .

(٤) و فى المختصر وشرحه للسرخسى ج ٨ ص ٢٧ : (ولا يجوز للوصى أن يكاتب إذا كانت الورثة كبارا ، غيبا كانوا أو حضورا) لأنه ليس له على الورثة الكبار ولاية ، وإنما له حفظ المال عليهم ؛ وإنما التصرفات فيما يرجع إلى الحفظ ، والكتابة ليست من هذه الجملة ، ألا ترى أنه لا يبيع العقار ! قال (وكذلك لو كانوا صغارا فأدركوا ثم كاتبه الوصى لم يجز) كما لو كانوا كبارا ، ألا ترى أنهم لو كاتبوه بأنفسهم صح منهم ! وإنما تثبت الولاية للوصى فى حال لا يملك المولى عليهم مباشرة التصرف بنفسه (وكذا إن كان بعض الورثة كبارا فأبوا أن يجيزوا كتابة الوصى لم تجز مكاتبته) لأنه لا ولاية له فى نصيب الكبار ، و الصغير لو كان بالغا فكاتب نصيبه بنفسه كان للآخر أن يفسخ الكتابة ، فكذا إذا فعله الوصى (و إن كانت الورثة صغارا وعلى الميت دين فكاتب الوصى عبدا من تركته لم يجز و إن كان الدين لا يحيط بماله) لأن حق الغريم مقدم . وما لا يصل إليه كمال حقه لا يسلم شىء من التركة إلى الوارث ، فلا يمكن تصحيح كتابته للغريم إذ ليس للوصى عليه ولاية ولا لليتيم ؛ لأنه لا يسلم له شىء إلا بعد وفاء الدين ، ولا للميت لأن حقه فى تفريغ ذمته ويتأخر ذلك فى كتابته ؛ فلهذا لم يجز عقده ، إلا أن يستوفى الغريم حقه من بقية التركة فحينئذ تنفذ الكتابة ؛ لأن المانع قيام حق الغريم =

قلت: أرأيت الوصى إذا كاتب[1] عبدا لليتامى أو جارية فمكاتبته جائزة، بمنزلة الرجل إذا كاتب عبد نفسه فى جميع ما يجوز على المكاتب وله؟ قال: نعم. قلت: أرأيت إذا عجز المكاتب الذى قد كاتبه الوصى ورده الوصى فى حياته هل يجوز رده[2]؟ قال: نعم.

٥ قلت: أرأيت[3] إذا كاتب العبد ثم إن الوصى[4] مات وأوصى إلى غيره أيكون[5] وصى الميت بمنزلة الوصى الأول؟ قال: نعم.

قلت: فهل لوصى الوصى[6] أن يكاتب كما يكاتب وصى الميت؟ قال: نعم.

قلت: أفرأيت أن يكاتب عبدا لليتيم[7] أو جارية[8] ثم كبر

= وقد زال ذلك بوصول دينه إليه (وكذلك إن كان مكان الدين وصية بالثلث) لأنه لا ولاية للوصى على الموصى له فى كتابة نصيبه، وثلث العبد بالوصية صار له فلا تنفذ الكتابة من الوصى فيه، كما لو كان بعض الورثة كبارا - اه ص ٢٨.

(١) كذا فى م، د، وفى هـ «كان» تصحيف.

(٢) كذا فى هـ، وفى م، د «هل يكون رده».

(٣) لفظ «أرأيت» ساقط من د.

(٤) كذا فى م، د، وفى هـ «الموصى» تصحيف.

(٥) كذا فى م، د، وفى هـ «ان يكون» تحريف.

(٦) كذا فى م، د، وسقط لفظ «الوصى» من هـ، وفيها «يوصى» مكان «لوصى».

(٧) كذا فى هـ، وفى م، د «عبدا ليتيم».

(٨) كذا فى م، هـ، د؛ والأنسب «جاريته».

اليتيم فعجز المكاتبة فرده اليتيم فى الرق و ليس له وارث غيره برضى المكاتب؟ قال: رده جائز.

قلت: أرأيت رجلا حضره الموت فأوصى بثلث ماله و ترك عبيدا لم يترك غيرهم و ترك يتامى صغارا لا مال لهم غير العبيد فكاتب الوصى بعض الرقيق فأدى إليه جميع المكاتبة هل يعتق حصة الورثة ٥ من العبيد؟ قال: نعم. قلت: فما حال العبد؟ و ما حال الوصى؟ قال: يأخذ الموصى له من المكاتبة حصته، و يستسعى العبد فى حصته منه.

قلت: أرأيت لو قال الموصى له[1] «إنما أضمن[2] الورثة حصتى من العبد فى أموالهم» أيكون ذلك له؟ قال: لا، إلا أن يكون ١٠ للورثة من المال ما يضمنهم فيه الموصى له، فان كانوا مياسير كان له أن يضمنهم إن شاء، و ليس له أن يضمن الوصى. قلت: و يسعى العبد؟ قال: نعم.

باب مكاتبة المأذون له فى التجارة

قلت: أرأيت العبد المأذون له فى التجارة إذا كان كاتب عبدا ١٥ من عبيده أو أمة من إمائه هل تجوز مكاتبته؟ قال: لا. قلت: و لم؟ و قد قلت: إن للمكاتب أن يكاتب! قال: ليس المكاتب بمنزلة المأذون له فى التجارة؛ ألا ترى أن المكاتب ليس لأحد على ماله سبيل! و إنما

---

(١) و فى الأصول «الموصى» و الموصى قد مات، و الصواب «الموصى له».
(٢) كذا فى م، د، و فى هـ «ضمن».

استحسنا فى المكاتب استحسانا ؛ ألا ترى أنا نجيز[1] مكاتبة الوصى و هو لا يملك ما يكاتب! و يجيز[2] مكاتبة الرجل على ابنه إذا كان صغيرا .

قلت : و كذلك لو قال المأذون له فى التجارة لعبده « أنت حر على ألف درهم » ؟ قال : نعم ، هذا أيضا لا يجوز .

٥ قلت : أرأيت المأذون له فى التجارة إذا كان عليه دين أو لم يكن أسواء هو ؟ قال : نعم هو سواء ، لا يجوز مكاتبته . قلت : و إن كاتبه فأدى إليه المكاتبة هل يعتق ؟ قال : لا يعتق ، و لا يجوز مكاتبته .

باب مكاتبة الأمة الحامل

قلت : أرأيت رجلا كاتب أمة له حاملا هل تجوز المكاتبة ؟

١٠ قال : نعم قلت : و يكون ولدها بمنزلتها ؟ قال : نعم . قلت : أفرأيت إذا ولدت أيكون للولى على الولد سبيل فى شىء من المكاتبة ؟ و له أن يأخذه بها ؟ قال : لا ، و لهما[3] المكاتبة على الأم .

قلت : أرأيت الرجل إذا كاتب أمة له حاملا على نفسها و على ما فى بطنها من الولد[4] ما القول فى ذلك ؟ قال : المكاتبة جائزة . قلت :

١٥ أفرأيت إن أدت جميع المكاتبة هل تعتق ؟ قال : نعم . قلت : أفرأيت إذا ولدت بعد ذلك ثم أدت بعد ما ولدت هل تعتق هى و ولدها ؟

---

(١) كذا فى م ، د ؛ و فى ﻫ « أننا نجيز » .

(٢) كذا فى د و هو الصواب ، و فى ﻫ « يجيز » و هو فى م غير منقوط .

(٣) كذا فى الأصول ، و الصواب « له » .

(٤) سقط قوله « من الولد » من ﻫ ؛ و زيد من م ، د .

قال: نعم. قلت: لم؟ قال: لأن ولدها منها.

قلت: أفرأيت رجلا كاتب أمة له[1] حاملا و استثنى ما فى بطنها أتجوز المكاتبة؟ قال: لا. قلت: و لم[2]؟ قال: لأنه كاتب ما فى بطنها فلا يجوز.

قلت: أرأيت الرجل إذا كاتب أمة و هى حامل فولدت ثم إن ٥ الأم ماتت ما حال ولدها؟ قال: يسعى الولد فى جميع المكاتبة، ولا يعتق حتى يؤدى جميع المكاتبة. قلت: و يسعى على نجوم أمه؟ قال: نعم، فان أدى عتق، و إن عجز رد.

قلت: أفرأيت إذا ولدت المكاتبة ولدا ثم هلكت و عليها دين و عليها بقية من مكاتبتها ما القول فى ذلك؟ قال: يلزم الولد الدين ١٠ و المكاتبة فيسعى فيهما جميعا، و هو فى ذلك بمنزلة أمه. قلت: و لم؟

(١) قوله «أمة له» كذا فى م، د؛ و سقط لفظ «له» من هـ.

(٢) كذا فى الأصول الثلاثة، و سقط بعض العبارة بعد قوله «و لم» تقديرها «لأنه اشترط ما فى بطنها و هو شرط فاسد، قلت: فان كاتب ما فى بطنها دونها؟ قال: لا يجوز، قلت: و لم» أو نحوها. و فى المختصر و شرحه للسرخسي ج ٨ ص ٢٨: (فان استثنى ما فى بطنها لم تجز الكتابة) كما لو باعها و استثنى ما فى بطنها، و هذا لأنه بالاستثناء يشترط ما فى بطنها لنفسه و هو شرط فاسد متمكن فى صلب العقد فتبطل به الكتابة، كما لو استثنى وطأها أو خدمتها لنفسه (و إن كاتب ما فى بطنها دونها لم يجز) كما لو باع ما فى البطن، و هذا لأن ما فى البطن بمنزلة جزء منها فلا يحتمل الكتابة مقصودا، ولأن الكتابة لا تتم إلا بالقبول، و القبول من الجنين لا يتحقق، و ليس لأحد عليه ولاية القبول، الأم و غيرها فيه سواء، لأن القابل لا يمكن أن يجعل نائبا، فان نيابة الغير شرعا فيما يكون متصورا من المنوب عنه - اه.

قال: لأنه مال لها و منها، و لا تعتق حتى يؤدى ما عليها.

قلت: أ فرأيت إن أدى الولد المكاتبة قبل أن يؤدى الدين[1] هل يعتق؟ قال: نعم، و يرجع الغرماء على الولد بالدين يسعى فيه، و هذا استحسان. قلت: أ رأيت إن كان قد أدى المكاتبة ثم جاء الغرماء هل ٥ يأخذون من المولى ما أخذ منه؟ قال: لا. قلت: أ رأيت إن عجز عن المكاتبة أ يرده القاضى فى الرق؟ قال: نعم. قلت: و إذا رد فى الرق أ يباع للغرماء؟ قال: نعم. قلت: و لا يتبعون المولى بما أخذ و يسلم ذلك كله للمولى لأنه إنما كان بمنزلة غريم[2] من الغرماء؛ ألا ترى أن المكاتب يقضى غرماءه بعضهم دون بعض، عجز بعد ذلك أو لم يعجز، ١٠ و يتم ما صنع من ذلك! فكذلك المولى.

قلت: أ رأيت إن قتل الولد بعد موت الأم قبل أن يعجز و على أمه دين من مكاتبتها ما القول فى ذلك؟ قال: يؤخذ من القاتل قيمته إذا كان القاتل خاطئا، و ذلك على العاقلة[3] فيقضى منه الدين الذى كان على أمه، و إن فضل منه شيء أدى جميع المكاتبة و عتق الولد ١٥ و أمه، فان بقى شيء بعد ذلك كان لورثة الابن، فان لم يكن له وارث غير المولى فهو للمولى. قلت: أ رأيت إن كان له أخ من أبيه هل يرثه من ذلك المال شيئا؟ أو يكون لورثة أمه؟ قال: يكون ما بقى

(١) كذا فى م، د؛ و سقط لفظ «الدين» من ﻫ.
(٢) كذا فى م، د؛ و فى ﻫ «غيرهم» مكان «غريم».
(٣) كذا فى م، د؛ و فى ﻫ «على القاتلة» تصحيف.

لورثة

لورثة الابن .

قلت : أ رأيت إذا كاتب الرجل أمته فولدت ولدا فى مكاتبتها أو كاتبها و هى حامل فولدت أهو سواء ؟ قال : نعم . قلت : أ رأيت إن أعتق المولى ولدها هل يعتق ؟ قال : نعم . قلت : فهل يرفع عنها من المكاتبة شيء؟ قال: لا . قلت : و لم ؟ قال : لأن المكاتبة على الأم ٥ دون الابن ، و لأن الولد لم يكن مع الأم فى المكاتبة .

قلت : أ فرأيت الرجل إذا كاتب أمته و هى حامل فولدت ابنا ثم إن الأم ماتت و عليها دين كثير و قد تركت مالا وفاء بالدين سواء و ليس فيه فضل عن الدين قبضه[1] المولى ذلك المال[2] من المكاتبة هل يعتق الولد و الأم جميعا ؟ قال : نعم ، إذا أدى إليه الولد ، و يرجع بذلك ١٠ المال الغرماء على المولى و هم أحق به من المولى . قلت : و يرجع المولى بمثل ذلك على الابن ؟ قال : نعم . قلت : و إن[3] كان الابن لم يؤده ؟ قال : لم يعتق ، لأنه مال للغرماء . قلت : فما القول فى ذلك ؟ قال : يجيء الغرماء فيأخذون ذلك المال ، فيسعى الولد فى المكاتبة .

قلت : أ فرأيت إن كان القاضى دفع ذلك المال إلى المولى ١٥ و لا يعلم أن عليه دينا يطلب من الولد أهو بمنزلة باب الأول[4] ؟

(١) كذا فى الأصول ، و الصواب « قبض » .

(٢) كذا فى م ، د ؛ و سقط لفظ « المال » من ه .

(٣) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « و اذا » .

(٤) كذا فى الأصول ، و الصواب « الباب الأول » .

قال : نعم .

قلت : أ رأيت إن ماتت المكاتبة و بقى ولدها و عليها دين كثير و لم تدع[1] شيئا و الدين يحيط بقيمة الولد فعمد المولى فأعتق الولد أ يجزى عتقه ؟ قال : نعم ، و يسعى الولد فى الدين لأصحاب الدين .

٥ قلت : فكيف أجزت عتقه و على أمه دين و إنما هو مال الغرماء ؟ قال : لأن الغرماء فى هذه الحال إنما لهم أن يستسعوه ، و لا يباع ما لم يعجز . قلت : و لم يفسد عليهم شيئا ؟ قال : لا ؛ أ لا ترى لو أن رجلا كاتب عبدا له فاستدان قبل عتقه جاز عتقه[2] و كان ذلك الدين على العبد .

قلت : أ فرأيت إذا كاتب الرجل أمته فولدت ولدا فى مكاتبتها .

١٠ أو كانت حبلى حيث[3] كاتبها ثم ولدت و كان السيد أعتق نصف المكاتبة قبل أن تلد هل يعتق من الولد شيء ؟ قال : نعم ، يعتق منه[4] مثل ما يعتق من أمه[5] . قلت : فما حال الأم إذا أعتق نصفها ؟ قال : إن شاءت[6] سعت فى نصف مكاتبتها و مضت عليها ، و إن شاءت عجزت و سعت فى نصف قيمتها - فى قياس قول أبى حنيفة .

(١) كذا فى د ؛ و فى م ، ﻫ « و لم يدع » خطأ .

(٢) قوله « جاز عتقه » كذا فى م ، د ؛ و سقط من ﻫ .

(٣) كذا فى م ، د ؛ و سقط لفظ « حيث » من ﻫ .

(٤) و فى الأصول « منها » تصحيف ، و الصواب « منه » .

(٥) و فى الأصول « أمها » تحريف ، و الصواب « أمه » .

(٦) كذا فى م ، د ؛ و سقط لفظ « شاءت » من ﻫ .

قلت: أ فرأيت إن قالت « أنا أسعى[1] فى نصف قيمتى و أعجز عن المكاتبة » أ يكون ذلك لها[2] ؟ قال: نعم.

قلت: أ رأيت إن ماتت الأم بعد ذلك ما حال الولد ؟ قال: يسعى الولد[3] فيما على أمه.

قلت: أ فرأيت إن كان نصف قيمة الولد أكثر من نصف قيمة ٥ الأم فى كم يسعى الولد ؟ قال: يسعى فى نصف قيمة الأم ، و لا يسعى فى شىء من قيمته. قلت: و لم ؟ قال: لأنه إنما يسعى فيما على أمه.

قلت: أ رأيت إن ماتت الأم و عليها دين ما القول فى ذلك ؟ قال: يسعى الولد فى جميع ما كان على أمه من الدين و نصف قيمتها. قلت: و لم ؟ قال: لأن الابن لا يعتق حتى يسعى فيما على أمه من ١٠ نصف قيمتها. قلت: أ رأيت إن أدى إلى[4] المولى دون الغرماء هل يعتق ؟ قال: نعم ، و يكون ما أدى للمولى ، ثم يؤدى بعد إلى الغرماء.

قلت: أ رأيت إن أعتق المولى الولد هل يجوز عتقه ؟ قال: نعم ، و يكون الدين عليه ، و لا يبطل الدين[5].

(١) كذا فى م ، د ؛ و فى ﻫ « إذا أسعى » تصحيف.

(٢) كذا فى م ، د ؛ و سقط لفظ « لها » من ﻫ.

(٣) كذا فى م ، د ؛ و فى ﻫ « يسعى فى نصف قيمة الولد » تحريف.

(٤) كذا فى م ؛ و سقط حرف « إلى » من ﻫ ، د.

(٥) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ج ٨ ص ٣٠: (و إن ماتت و لم تترك مالا فأعتق المولى الولد جاز العتق) لأنه قائم مقامها ، و لو أعتقها المولى جاز العتق و إن كان عليها دين و بقى حق الغرماء فى ذمتها ، فكذلك إذا أعتق =

قلت : أرأيت إن كان الولد جارية فوطئها المولى فعلقت ثم مات المولى هل تسعى[1] لورثته فى شيء؟ قال: لا . ولكن تعتق ويكون الدين الذى كان على أمها عليها . قلت : ولم لا تسعى[1] فى ما كان على أمها قبل ذلك من المكاتبة ؟ قال : لأنها قد ولدت من سيدها . وقال ٥ أبو يوسف ومحمد : إذا أعتق نصف مكاتبته فهى حرة كلها ، فان كان لها ولد ولدته فى مكاتبتها فهو حر معها ولا شيء عليهما من المكاتبة .

قلت : أفرأيت الرجل إذا كاتب أمته وهى حبلى فولدت فى كتابتها فعجزت الأم فردت فى الرق هل يرد ولدها ؟ قال : نعم . قلت : أرأيت إن قال الولد « أنا أسعى فى المكاتبة » هل له ذلك ؟ قال : ١٠ لا يلتفت إليه ، وعجز أمه عجزه .

قلت : أفرأيت إن كاتب الرجل أمته ثم ولدت فى كتابتها فعمد رجل فقطع يد الولد لمن يكون له أرش؟ قال : لأمه . قلت : كبيرا كان الولد[2] أو صغيرا ؟ قال : نعم . قلت : وكذلك ما اكتسب الولد

= ولدها ، وهذا لأن حق غرمائها لا يتعلق بذمة الولد ما بقيت الكتابة ، إنما يتعلق بالكسب ، وبالعتق لا يفوت شيء من محل حقهم فلا يمنع نفوذ العتق من المولى ، ولا يفوت الغرماء شيء من محل حقهم ، ولا يضمن للغرماء شيئا ، ولكن الولد يسعى لهم فى الدين كما كان يفعله قبل العتق - اهـ .

(١) وفى هـ « يسعى » وهو فى م ، د غير منقوط ، والصواب « تسعى » بصيغة التأنيث .

(٢) كذا فى م ، د ؛ وسقط لفظ « الولد » من هـ .

كان للأم؟ قال: نعم.

قلت: أرأيت الولد إن أبى أن يدفعه إليها هل يقضى القاضى به للأم؟ قال: نعم. قلت: كبيرا كان الولد أو صغيرا؟ قاا: نعم.

قلت أرأيت[1] إن عتقت الأم و فى يد الولد مال قد اكتسبه فى المكاتبة لمن يكون ذلك المال؟ قال: للأم دون الولد. قلت: و لم؟ ٥
قال: لأن كل شىء كان فى يديه قبل العتق فهو للأم، لأنه مالها؛ ألا ترى أنه كان لها أن تأخذه قبل العتق.

قلت: و كذلك لو كان جرح جراحة فلم يأخذ أرشها حتى أدت المكاتبة كان أرش ذلك الجرح للأم؟ قال: نعم.

١٠ قلت: أرأيت إن مات الولد من تلك الجراحة بعد أداء المكاتبة و بعد عتقه ما القول فى ذلك و الجراحة خطأ؟ قال: على الجارح قيمته للأم. قلت: و لم؟ قال: لأن الجراحة كانت و هو مكاتب، فما كان من ذلك فهو للأم.

قلت: أرأيت إن مات الولد و ترك مالا كثيرا و له ورثة أحرار
١٥ ثم ماتت الأم قبل أن تأخذ من ذلك من المال شيئا و لم تترك شيئا؟ قال: ذلك المال مالها. و يأخذ السيد منه بقية المكاتبة، و ما بقى لورثتها دون ورثة الابن. قلت: و لم؟ قال: لأن المال كان مالها قبل أن تموت، لأنه قد اكتسبه قبل العتق.

قلت: أرأيت إن كاتب الرجل أمة فولدت ولدا فى مكاتبتها ثم

(١) كذا فى م، د؛ و سقط لفظ «أرأيت» من ﻫ.

اشترى الولد و باع هل يجوز شيء من ذلك عليه؟ قال: نعم. قلت: لم؟ و قد زعمت أن ماله لأمه! قال: لأنه بمنزلة أمه، و ليس بمملوك لها. قلت: أ رأيت إن استدان الولد ثم ماتت الأم هل يسعى الولد فيما على أمه من المكاتبة و عليه دين يحيط برقبته؟ قال: نعم، يسعى فى ٥ المكاتبة، فان أداها فهو حر، و إن عجز فهو رقيق.

قلت: أ رأيت إذا أداها لغرمائه[١] على شيء[٢] من ذلك سبيل؟ قال: لا، و لكن الدين عليه على حاله. قلت: و لم؟ قال: لأنه إذا أدى عتق.

قلت: أ رأيت إن عجز عن المكاتبة أ يرد فى الرق؟ قال: نعم. قلت: و يباع لغرمائه و يؤدى[٣] عنه مولاه؟ قال: نعم.

١٠ قلت: أ فرأيت إن ماتت المكاتبة و عليها دين كثير و تركت ولدها و على الولد دين فاكتسب مالا من أحق به؟ قال: يؤدى الدين الذى عليه و على أمه، و عليه أن يسعى فى المكاتبة. قلت: أ فرأيت إن مات الولد بعد موت أمه و عليه دين و قد كان على أمه دين و ترك[٤] مالا بأيهما يبدأ؟ قال: يبدأ بدينه فيؤدى، فان فضل شيء كان فى ١٥ دين أمه. قلت: و لم؟ و قد زعمت أن كسبه لأمه! قال: أ لا ترى أنه لو كان للمكاتبة عبد فأذنت له فى التجارة فاستدان دينا ثم ماتت[٥] و عليها

(١) كذا فى الأصول، و الصواب «هل لغرمائه».
(٢) كذا فى م، د؛ و سقط لفظ «شيء» من ه.
(٣) كذا فى الأصول، و الصواب «أو يؤدى».
(٤) كذا فى م، ه؛ و فى د «و قد ترك».
(٥) كذا فى م، د؛ و فى ه «مات».

دين كان غرماء نفسه أحق برقبته حتى يستوفوا دينهم! فكذلك[١] الولد[٢].

قلت: أ فرأيت إذا كاتب الرجل أمته و هى حبلى فولدت فى مكاتبتها ثم وطئ السيد المكاتبة فولدت منه ما القول فى ذلك؟ قال: هى بالخيار إن شاءت أن تمضى على مكاتبتها مضت و تأخذ عقرها من سيدها، و إذا أدت عتقت و عتق ولدها، و إن عجزت ردت و رد ٥ ولدها و تصير أم ولده[٣]. قلت: فما حال ولدها الذى كان ولدته قبل ذلك؟ قال: رقيق للسيد. قلت: فلم؟ قال: لأنها علقت من سيدها بعد ما ولدت ذلك الولد.. قلت: فان كاتب ولدها بعد ذلك الذى من غير سيدها ثم عجز أ يكون عبدا؟ قال: نعم. قلت: أ فرأيت إن كان السيد إنما وطئ الولد و هى جارية فولدت منه ولدا ما القول ١٠ فى ذلك؟ قال: هى على حالها، و الولد ولد السيد، و تأخذ الجدة العقر

(١) و فى الأصول «فى ذلك» تحريف، و الصواب «فكذلك».

(٢) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ج ٨ ص ٣١: (فان اكتسب مالا قضى منه الدين الذى عليه و على أمه و سعى فى الكتابة) لأنه مع لحوق الدين إياه هو قائم مقام الأم بعد موتها فيسعى فى جميع ما عليها (و إن مات بدئ بدينه) لأن دينه فى ذمته أقوى من حيث أنه أسبق تعلقا و أنه أصيل فيه لمباشرة سببه فيبدأ من كسبه بدينه ثم بدين أمه (أ لا ترى أن المكاتبة او أذنت لعبدها فى التجارة فلحقه دين ثم مات كان غرماء العبد أحق بمالية الرقبة من غرمائها! فكذلك الولد) و هذا لأن كسبه لها بعد ما يفرغ من حاجته فان حاجة المكتسب فى كسبه مقدم على حاجة غيره - اهـ ص ٣٢.

(٣) كذا فى م، د؛ و فى هـ «أم ولد».

من السيد فيكون العقر لها دون الأم . قلت : و لم ؟ قال : لأنه بمنزلة ما اكتسب الولد . قلت : وكذلك لو ولد لولدها ولد كان ما اكتسب ولد ولدها لها ؟ قال : نعم . قلت : وكذلك ما جنى على ولد ولدها أو قتل كان أرش ذلك لها ؟ قال : نعم . قلت : و ولد ولدها بمنزلة ولدها فى جميع ٥ ذلك ؟ قال : نعم .

قلت : أرأيت إذا كاتب الرجل أمته و هى حامل فولدت أو حبلت فى مكاتبتها و ولدت ثم إن السيد دبر الأم ثم عجزت ما حال الولد ؟ [١]قال : الولد[١] مملوك غير مدبر . قلت : و لم ؟ و قد دبر أمه و قد زعمت أن الأم إذا أعتقها السيد عتق ولدها ! قال : لأن التدبير لا يشبه ١٠ العتق ، لأن العتق بمنزلة أداء المكاتبة ، و التدبير بعد الولادة ، فان عجزت فقد انتقضت الكتابة فكأن الأم لم تكاتب ، و كأنها دبرت بعد ما ولدت بغير كتابة .

قلت : أرأيت الرجل إذا كاتب أمة له فولدت ولدا فى مكاتبتها ثم إنها ماتت[٢] ثم استدان الولد دينا بعد موت أمه ثم عجز الولد عن ١٥ المكاتبة فرد فى الرق هل يكون ذلك الدين فى رقبته ؟ قال : نعم .

قلت : أرأيت إذا كاتب الرجل أمته فولدت بنتا[٣] فاستدانت الابنة دينا ثم إن الابنة ولدت ولدا فاستدان ولدها دينا أيضا ثم

(١-١) كذا فى م ، د ؛ و سقط قوله « قال الولد » من هـ .
(٢) كذا فى م ، هـ ؛ و فى د « ولدت » مكان « ماتت » وليس بشىء .
(٣) كذا فى م ، هـ ؛ و فى د « ابنة » .

ماتت المكاتبة و عليها دين ما القول فى ذلك و لم تترك شيئا؟ قال: يستسعى الولدان جميعا فى دين المكاتبة و فى المكاتبة، و يكون دين كل واحد منهما عليه خاصة.

قلت: أ رأيت إن عجزا و ردا فى الرق ما القول فى ذلك؟ قال: يباعان فى دين أنفسهما دون دين أمهما حتى يستوفى الغرماء، فان ٥ فضل شيء لكان لغرماء المكاتبة. قلت: و لم؟ قال: لأن ما فى رقابهما أحق أن يبدأ به مما فى[1] رقبة أمهما.

قلت: أ رأيت إن كان ليس عليها دين و قد ماتت المكاتبة و استسعى الوسطى فى المكاتبة كلها هل يرجع على ولدها بشيء؟ قال: لا. قلت: وكذلك لو استسعى الولد الأسفل لم يرجع على أمه بشيء؟ ١٠ قال: نعم. قلت: و لم؟ قال: لأنهما إنما أديا عن المكاتبة و لم يؤديا عن أنفسهما فليس لواحد منهما على صاحبه شيء.

قلت: أ رأيت إن عجز أحدهما هل يرد فى الرق؟ قال: لا[2] حتى يعجزا جميعا. قلت: لم؟ قال: لأنهما بمنزلة ولد المكاتبة الذى ولدته؛ ألا ترى أنه إذا كان ولدان لصلبها[3] لم يعجز أحدهما دون الآخر. ١٥ قلت: أ رأيت إن مات أحدهما بعد موت الأم أ يكون جميع المكاتبة على الباقية[4]؟ قال: نعم، و لا يعتق إلا بأداء جميعها. قلت: و لا يرفع

---

(١) كذا فى م، د؛ و سقط حرف «فى» من ﻫ.

(٢) كذا فى م، د؛ و سقط حرف «لا» من ﻫ.

(٣) كذا فى م، د؛ و فى ﻫ «لصلبهما» تصحيف.

(٤) كذا فى الأصول، و الصواب «الباق».

عنها[١] شيء من المكاتبة بموت الذي مات؟ قال: لا .

قلت: أرأيت رجلا كاتب أمة له فولدت ولدا وكانت حاملا فولدت فكبر[٢] ولدها وارتد ولحق بدار الشرك ثم أدت المكاتبة مكاتبتها هل يعتق ولد المكاتبة الذي كان في دار الشرك معها؟ قال:
٥ نعم . قلت: ولم؟ قال: لأنه بمنزلة أمه . قلت: أرأيت إن سبي قبل أن يعتق فاستتيب فتاب هل يرد إلى مواليه؟ قال: نعم ، ولا يكون فيئا. قلت: ولم؟ قال: لأنه مكاتب .

قلت: أرأيت الرجل إن كان[٣] ولدها ابنة[٤] فاستتيبت فأبت هل تصير فيئا؟ قال: لا . قلت: فما حالها؟ قال: تحبس[٥] حتى تتوب
١٠ أو تموت[٦] .

قلت: أرأيت إن ماتت المكاتبة ولم تدع شيئا ما حالها؟ وهل لولدها أن يستسعيها في المكاتبة؟ قال: نعم . قلت: ويخرجها القاضي حتى تسعى لسيدها؟ قال: نعم .

قلت: أرأيت الرجل إذا كاتب الأمة فولدت ولدا فكبر ولدها

---

(١) كذا في م ، د ؛ وفي هـ « عنهما » .
(٢) كذا في م ، د ؛ وسقط لفظ « فكبر » من هـ .
(٣) كذا في م ، د ؛ وسقط لفظ « كان » من هـ .
(٤) كذا في م ، د ؛ وفي هـ « بنتا » .
(٥) وفي الأصول « تجلس » والصواب « تحبس » .
(٦) وفي الأصول « حتى تموت أو يموت » والصواب « حتى تتوب أو تموت » كما أثبته .

ثم ارتد عن الإسلام فاكتسب الولد مالا ثم أخذه السلطان فعرض عليه الإسلام فأبى[1] فقتله ما حال المال؟ قال: المال للمكاتبة[2]. قلت: و لم لا يكون لبيت المال؟ قال: لأنه مال المكاتب؛ ألا ترى لو أن عبدا لرجل ارتد عن الإسلام فاكتسب مالا كان ذلك المال للمولى! و كذلك ولد المكاتبة. قلت: أرأيت إذا قتل الولد الأم[3] ما تقول ٥ فى ذلك؟ قال: قتله إياها بمنزلة موتها، و يسعى فى المكاتبة، و لا يكون عليه شيء من جنايته. قلت: و[4] لم؟ قال: لأن الولد منها فهو بمنزلتها. قلت: و كذلك إن قتلت الأم الابن؟ قال: نعم.

قلت: أرأيت الرجل إذا كاتب أمته و هى حامل فولدت ثم إن الولد جنى جناية ما القول فى ذلك؟ قال: الجناية عليه و فى رقبته، فان ١٠ كانت الجناية أقل من رقبته سعى فى الجناية. و إن كانت القيمة أقل سعى فى القيمة. قلت: أرأيت إن ماتت الأم بعد ذلك و لم تترك شيئا ما القول فى ذلك؟ قال: يسعى الولد فى المكاتبة التى على أمه، و الجناية عليه فى رقبته. قلت: أرأيت إذا جنت الأم جناية ثم ماتت قبل أن يقضى عليها بشيء و بقى ولدها ما القول فى ذلك؟ قال: ينظر إلى قيمة الأم ١٥ و إلى الجناية فيكون على الولد الأقل من ذلك يسعى فيه و يسعى فى

---

(١) كذا فى م، د؛ و سقط لفظ «فأبى» من ه.

(٢) كذا فى د. م؛ و فى ه «للكاتب» تصحيف.

(٣) كذا فى ه؛ و فى م، د «للام».

(٤) كذا فى م، د؛ و سقط حرف الواو من ه.

المكاتبة، فان عجز الولد قبل قضاء القاضى بطلت[1] جناية الأم عن ولدها[2].

باب مكاتبة الرجلين جميعا

قلت: أرأيت عبدا بين رجلين كاتباه جميعا مكاتبة واحدة و جعلا ٥ النجوم واحدة هل تجوز هذه المكاتبة؟ قال: نعم[3]. قلت: و كذلك

(١) كذا فى م، د؛ و فى ه «بطلب» تصحيف.

(٢) كذا فى ه؛ و فى م، د «الولد».

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ج ٨ ص ٣٢ (قال: و إذا كاتب الرجلان عبدهما مكاتبة واحدة فأدى إلى أحدهما حصته لم يعتق نصيبه منه ما لم يؤد جميع المكاتبة إليهما) لأن العقد واحد فى حق المكاتب فلا يعتق شيء منه بأداء بعض البدل، كما لو كان لرجل واحد، و هذا لأن المقبوض غير سالم للقابض بل لشريكه أن يستوفى منه نصفه لأنه مال وجب لهما بسبب واحد عوضا عما هو مشترك بينهما فكان أداؤه إلى أحدهما كأدائه إليهما (و إن أعتقه أحدهما جاز) لأنه مالك لنصيبه متمكن من إعتاقه بعد الكتابة كما كان متمكنا منه قبل ذلك (وكذلك إن وهب له نصيبه من المكاتبة أو أبرأه عنه عتق) لأنه لو كان مالكا لجميعه كان معتقا له بابرائه عن جميع البدل، فكذلك إذا كان مالكا لبعضه كان معتقا لحصته بابرائه عن حصته من البدل (بمنزلة ما لو قال له: أنت حر، بخلاف ما لو استوفى حصته) و هذا لأن ما أسقط بالهبة والإبراء نصيبه خاصة فيتحقق به براءة ذمة المكاتب عن نصيبه. فأما المستوفى ليس بنصيبه خاصة حتى كان لشريكه أن يشاركه فلا يتم براءة ذمته عن نصيبه بهذا الاستيفاء، وكذلك إن سلم الشريك للقابض ما قبض أو كان قبض نصيبه باذن شريكه، لأنه لا يتم سلامة المقبوض له بهذا أيضا (حتى لو عجز الغلام كان المأخوذ بينهما نصفين، و هذا =

إن

إن كانا عبدين بينهما؟ قال[1]: لا يكون كل واحد منهما مكاتبا بينهما على حدة بحصته بقدر قيمته من المكاتبة، فان أدى أحدهما حصته من المكاتبة إليهما جميعا: عتق، ولا يكون ضامنا عن الآخر، لأن الآخر نصفه لهذا

= لأنه إنما سلم المقبوض بشرط أن يسلم له ما في ذمة المكاتب، فاذا فات شرطه بالعجز رجع بنصف ما قبض، كالمحال عليه إذا مات مفلسا يعود الدين إلى ذمة المحيل (ثم المكاتب بالخيار بعد إعتاق أحدهما إياه إن شاء عجز ويكون الشريك بالخيار بين التضمين والسعاية في نصف القيمة والعتق في قول أبي حنيفة وبين العتق والسعاية إن كان المعتق معسرا) لأنه بتعجيزه نفسه انفسخت الكتابة فيكون حكمه كحكم عبد مشترك بين اثنين يعتقه أحدهما (وعلى قول أبي يوسف يضمن المعتق نصف قيمته إن كان موسرا، ويسعى العبد في نصف قيمته إن كان معسرا) كما هو مذهبه في العبد المشترك (وعلى قول محمد يضمن الأقل من نصف القيمة ونصف ما بقي من الكتابة) وكذلك يسعى العبد في الأقل عند عسرة المعتق لأن وجوب الضمان والسعاية لدفع الضرر عن الشريك، ويندفع الضرر عنه بايجاب الأقل كان حقه وقت الإعتاق كان في الأقل؛ ألا ترى أنه يعتق نصيبه باتصال ذلك إليه، والضرر يندفع عنه باتصال حقه إليه! وأبو يوسف يقول: اعتبار الأقل بحكم بقاء الكتابة، وحين عجز نفسه فقد انفسخت الكتابة فكان حق الساكت في نصف العبد عينا، ولا يندفع الضرر عنه إلا باتصال نصف القيمة إليه، ولا معنى لاعتبار الأقل بعد ذلك (وإن اختار المضي على المكاتبة ثم مات عن مال كثير أخذ المولى الذي لم يعتق نصف المكاتبة من ماله) كما كان يطالبه في حياته (ثم الباقي) بعد ذلك (لورثته) - اه ص ٣٣.

(١) كذا في م، د؛ ولم يذكر لفظ «قال» في هـ.

و نصفه لهذا ، و هذا العبد نصفين بينهما ، و لا يضمن أحدهما عن عبد صاحبه ، و لا يجوز و لكن كل واحد منهما مكاتب على حدة بينهما لا يعتق إلا بأداء حصته إليهما جميعا ؟ قال : نعم[١] .

قلت : أرأيت إن كاتب الرجلان عبدا بينهما مكاتبة واحدة و جعلا ٥ نجومه واحدة إن أدى عتق ، و إن عجز رد رقيقا ، فأدى جميع المكاتبة إليهما هل يعتق و يكون الولاء بينهما ؟ قال : نعم . قلت : أفرأيت إن أدى إلى أحدهما حصته من المكاتبة هل يعتق نصيبه منه[٢] قال : لا .

(١) قوله « نعم » هذا جواب سؤاله « و كذلك إن كانا عبدين - الخ » . و في المختصر و شرحه للسرخسي ج ٨ ص ٣٣ : (و إذا كاتب الرجلان عبدين بينهما مكاتبة واحدة إن أديا عتقا و إن عجزا ردا فانه يكون كل واحد منهما مكاتبا بينهما على حدة بحصته) و ذلك أن يقسم المسمى على قيمتهما فيكون كل واحد منهما مكاتبا بحصته (و إذا أدى أحدهما حصته إليهما عتق) بخلاف ما لو كانا لرجل واحد لأن هناك كل واحد منهما يمكن أن يجعل ملتزما لجميع البدل البعض بطريق الأصالة و البعض بطريق الكفالة مراعاة لشرط المولى ، و المالك واحد فلا يكون ذلك منهما كفالة على الحقيقة ، فأما هنا نصف كل واحد منهما لمالك على حدة ، فلو جعلنا كل واحد منهما مطالبا بجميع البدل كان بحكم الكفالة في البعض ، و في نصف ذلك كفالة من كل واحد منهما عن مملوك هو لغير مولاه فيكون كفالة حقيقة ، و لا تصح الكفالة من المكاتب و لا ببدل الكتابة ، فلهذا كان كل واحد منهما مطالبا بحصته خاصة يعتق بأداء ذلك إليهما ، كما لو كاتبه كل واحد منهما بعقد على حدة - اه ص ٣٤ .

(٢) كذا في م ، د ؛ و في ه « منهما » مكان « منه » .

قلت: و لم؟ قال: لأن المكاتبة واحدة، و لا يعتق إلا بادائه[1] جميعا إليهما.

قلت: أرأيت إن أعتقه أحدهما بعد المكاتبة هل يجوز عتقه؟ قال: نعم. قلت: من أين اختلف هذا و الذى أدى حصته من المكاتبة؟ قال: لأن هذا عتق، و قبض نصيبه من المكاتبة ليس بعتق؛ ٥ ألا ترى أنه لا يعتق حتى يقبضا جميعا المكاتبة.

قلت: أفرأيت إن وهب له أحدهما [2]جميع حصته[2] من المكاتبة و أبرأه و تركها له هل يعتق؟ قال: نعم. قلت: و يكون فى ذلك بمنزلة قوله: أنت حر؟ قال: نعم. قلت: و لا يكون بمنزلة أدائه إليه نصيبه من المكاتبة؟ قال: لا. قلت: أ فرأيت إن أدى إلى أحدهما ١٠ نصيبه من المكاتبة باذن شريكه هل يعتق؟ قال: لا. قلت: و لم؟ قال: لأن إذنه و غير إذنه هاهنا سواء. قلت: أفرأيت إذا عجز بعد ما أخذ أحدهما نصيبه باذن شريكه أ يكون ما أخذ بينهما نصفان؟ قال: نعم.

قلت: أرأيت[3] إن كاتباه جميعا مكاتبة واحدة ثم إن أحدهما أعتقه أو وهب له حصته من المكاتبة ما القول فى ذلك؟ قال: إن شاء المكاتب ١٥ عجز، فان عجز نظر، فان كان المعتق منهما موسرا[4] يوم أعتق فشريكه

(١) كذا فى م، د؛ و فى هـ «بأدائها».
(٢-٢) كذا فى م، د؛ و فى هـ «نصيبه» من غير ذكر لفظ «جميع».
(٣) كذا فى م د، و فى هـ «أ فرأيت».
(٤) و كان فى الأصول «موسر» و الصواب «موسرا» بالنصب.

بالخيار: إن شاء ضمنه، و إن شاء استسعى العبد فى نصف قيمته، و إن شاء أعتق، و إن شاء العبد مضى على مكاتبته؛ فان عجز فأعتقه السيد أو استسعى فالولاء بينهما، و إن ضمن شريكه فالولاء لشريكه[1]، و يرجع الشريك بالضمان على العبد بما ضمن لشريكه. قال: فان كان المعتق موسرا فان
٥ شاء الشريك أعتق، و إن شاء استسعى - و هذا قول أبى حنيفة، و أما فى قول أبى يوسف فان كان المعتق موسرا فهو ضامن لشريكه نصف قيمة العبد، و العبد حر لا سبيل عليه، و أما فى قول محمد فالعبد حر لا سبيل عليه و يضمن المولى المعتق إن كان موسرا الأقل[2] من نصف القيمة و من نصف ما بقى من المكاتبة و هو حر فى جميع أمره.

١٠ قلت: أ رأيت العبد إذا كان[3] بين الرجلين فكاتباه جميعا مكاتبة واحدة ثم إن أحدهما أعتق نصيبه ثم إن العبد مات و ترك مالا كثيرا ما القول فى ذلك؟ قال: يأخذ المولى الذى لم يعتق مما ترك نصف المكاتبة، و ما بقى فلورثته إن كان له ورثة أحرار، و إن لم يكن له ورثة كان ما بقى لهما.

١٥ قلت: أ رأيت عبدا بين رجلين كاتب أحدهما حصته بغير إذن شريكه أ يكون للشريك أن يرد[4] المكاتبة؟ قال: نعم، و لا تجوز مكاتبته

(١) كذا فى م، د؛ و فى هـ «شريكه» مصحف.
(٢) كذا فى م، د؛ و فى هـ «لاقل».
(٣) كذا فى م، د؛ و فى هـ «جاء» مكان «كان» تصحيف.
(٤) كذا فى م، د؛ و فى هـ «يؤدى» تصحيف.

إلا باذن شريكه. قلت: و لم؟ قال: لأنه ليس له أن يكاتب إلا باذن شريكه، [١]لأنه يمنع شريكه من البيع. قلت: أرأيت إن كاتب أحدهما نصيبه باذن شريكه[١] أيجوز ذلك؟ قال: نعم. قلت: فهل يكون للشريك أن يبيع نصيبه؟ قال: لا. قلت: لم؟ قال: لأن نصيب شريكه مكاتب. قلت: فهل له أن يكاتب بعد ذلك؟ قال: نعم. قلت: فان لم يأذن ٥ له الشريك فى ذلك أيكون ذلك له؟ و يكون له أن يكاتب إن شاء شريكه و إن[٢] أبى؟ قال: نعم. قلت: لم[٣]؟ و قد زعمت أنه ليس للواحد منهما أن يكاتب إلا[٤] باذن شريكه! قال: لأن الأول قد كاتبه، فكذلك يكون للآخر أن يكاتب - و هذا قول أبى حنيفة. و قال أبو يوسف و محمد: إذا كاتب أحدهما نصيبه باذن شريكه فهو مكاتب كله لهما جميعا ١٠ بينهما نصفين بما كاتبه عليه حتى يؤدى إليهما جميعا و يعتق كأنهما كاتباه[٥] جميعا على ذلك.

قلت: أفرأيت إذا كاتب أحدهما بدون شريكه و أخذ ما كاتبه عليه ما القول فى ذلك فى قول أبى حنيفة؟ قال: يأخذ شريكه نصف ما أخذ، و يعتق و يرجع المكاتب[٦] على العبد بما أخذ شريكه منه. ١٥

(١-١) كذا فى م، د؛ و من قوله «لأنه يمنع شريكه» ساقط من ه.

(٢) كذا فى م، د؛ و فى ه «فان» و ليس بصواب.

(٣) كذا فى م، د؛ و فى ه «و لم».

(٤) كذا فى م، د؛ و سقط لفظ «إلا» من ه.

(٥) كذا فى م، د؛ و سقط قوله «كاتباه» من ه.

(٦) أى الشريك الذى كاتب و أخذ منه شريكه نصف ما أخذ من المكاتبة.

قلت : و لم؟ قال: لأنه كاتب على نصيبه و قد أخذ شريكه نصف ما كاتبه عليه . قلت: فهل للشريك أن يضمن المكاتب[1] إن كان موسرا ؟ قال: لا . قلت: و لم؟ قال : لأنه أذن له فى المكاتبه .

قلت : أرأيت إن أذن له أن يأخذ نصيبه من المكاتب ففعل ٥ و أخذ ما كاتبه عليه[2] هل يكون للشريك منه شيء؟ قال : لا[3] . قلت: و لم؟ و قد زعمت فى الباب الأول أن له أن يأخذ نصف ما كاتبه عليه؟ قال: لأن فى المكاتبة الأولى لم يأذن له شريكه فى الأخذ ، فمن ثم اختلفا، و لأن ما اكتسب المكاتب من شيء فهو بينهما نصفان ، فكأنه قال بين المولين و المكاتب ، فاذا أذن للمكاتب فى دفعه من دين عليه ١٠ ففعل ذلك لم يكن له أن يشاركه . و له أن يرجع فيما بقى من نجوم العبد على الأداء . و يشاركه فيما أخذ فيما يستقبل إذا نهاه عن القبض .

قلت : أرأيت إذا كان العبد بين الرجلين فكاتب أحدهما نصيبه بغير إذن شريكه و قبض المكاتبة هل يعتق؟ قال: نعم . قلت: ١٥ و لم؟ و قد زعمت أنه ليس له أن يكاتب! قال: ليس له أن يكاتب، و لشريكه أن يرد المكاتبة ما لم يؤد، فاذا أدى فهو حر لأنه بمنزلة قوله « إذا أديت إلىّ ألف درهم فأنت حر »؛ ألا ترى أنه إذا قال ذلك

(١) كذا فى م ، د؛ و فى ه « المكاتبة » تصحيف .
(٢) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « على » تصحيف .
(٣) كذا فى م ، ه؛ و سقط حرف « لا » من د .

عتق فكان ما أخذ بينهما نصفين، و يرجع المعتق منهما[1] على العبد بما أخذ شريكه [2]منه! فكذلك إذا كاتبه بغير إذنه.

قلت: أرأيت إذا كاتب أحدهما نصفه بغير إذن شريكه[2] و شريكه لا يعلم ثم إن المكاتب منهما أذن للآخر في كتابة نصيبه فكاتبه ثم علم الثاني بمكاتبة[3] الأول فأراد أن يردها؟ قال: لا. قلت: و لمَ و قد ٥ كان له أن يردها قبل ذلك؟ قال: لأنه قد كاتب نصيبه فلا يكون له أن يرد بعد ذلك. قلت: أرأيت ما أخذ الأول من العبد أيكون للآخر فيه شيء؟ قال: لا، و لا يكون للأول أيضا فيما أخذ الثاني شيئا إلا أن يكون الأول أخذ شيئا قبل مكاتبة الثاني فيرجع[4] بنصف ذلك عليه فيأخذه منه. قلت: فلم؟ قال: لأن كل واحد منهما قد كاتب نصيبه. ١٠

قلت: أرأيت إذا أذن أحدهما لصاحبه في الكتابة لنصيبه و لم يأذن له في القبض فقبض هل يكون لواحد منهما فيما قبض صاحبه شيئا؟ قال: لا. قلت: و لم و قد زعمت أنه إذا كاتب أحدهما باذن شريكه و لم يأذن له شريكه في القبض كان ما أخذ بينهما نصفين؟ قال: لأن إذن[5] كل واحد منهما لصاحبه في المكاتبة إذن[6] له[7] في القبض؛ ١٥

---

(١) كذا في م، د؛ و في ه «بينهما».
(٢-٢) كذا في م، د؛ و من قوله «منه فكذلك» ساقط من ه.
(٣) كذا في م، د؛ و في ه «مكاتبة».
(٤) كذا في ه؛ و في م، د «فرجع».
(٥) كذا في م، د؛ و سقط لفظ «إذن» من ه.
(٦) و في الأصول «إذنا» بالنصب، و الصواب «إذن» بالرفع.
(٧) كذا في م، ه؛ و سقط لفظ «له» من د.

ألا ترى أن كل واحد منهما يأخذ نصيبه[١] من المكاتبة فكيف يرجع على صاحبه بنصيبه .

قلت : أفرأيت إذا كاتب أحدهما نصيبه باذن شريكه و قد أذن له فى القبض فقبض البعض فعجز فرد فى الرق هل يكون لشريكه فيما أخذ ٥ من المكاتبة شيء ؟ قال : لا . قلت : و إن كان بعينه ؟ قال : و إن . قلت : و لم ؟ قال : لأنه قد كان أذن له فى قبضه و جعله له . قلت : فكيف القياس فى هذا ؟ قال : القياس أن يشاركه فيما أخذ ، و لكنا ندع القياس و نستحسن .

قلت : أرأيت إذا كان العبد بين الرجلين فكاتبه[٢] أحدهما بغير ١٠ إذن شريكه فكاتب نصيبه منه فأدى إليه ثم علم الشريك الآخر ما القول فيه ؟ قال : يأخذ الذى لم يكاتب نصف المكاتبة ، و يرجع الذي كاتب بما أخذ منه شريكه على العبد ، و ينظر : فان كان الذى كاتبه موسرا فشريكه بالخيار إن شاء ضمنه ، و إن شاء أعتق ، و إن شاء استسعى العبد ، فان أعتق أو استسعى[٣] فالولاء بينهما نصفان ، فان ضمن شريكه ١٥ فالولاء كله للذى كاتب ، و يرجع الذى كاتب على العبد بنصف القيمة الذى ضمن لشريكه . قلت : و لمَ يرجع ؟ قال : لأن السعاية إنما كانت[٤]

(١) كذا فى م ، ه ؛ و فى د « يأخذ نصيبه باذن شريكه » .
(٢) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « فكاتب » .
(٣) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « و استسعى » .
(٤) كذا فى ه ، و فى م « كاتب » تصحيف ، و هو فى د غير منقوط .

على العبد ، و النصف الذى كان[1] لشريكه قد كان له فصار[2] كأنه عبد[3] له فأعتق نصفه و يستسعى فى النصف الباقى .

قلت : أفرأيت الذى كاتب العبد هل يرجع على العبد بما أخذ منه شريكه من المكاتبة ؟ قال : نعم . قلت : و لم ؟ قال : لأنه إنما كاتب حصته فلم يسلم له ، و إذا أخذ شريكه نصف ذلك رجع به على العبد . ٥

قلت : أفرأيت إن كان إنما كاتب العبد كله بغير إذن شريكه فاستسعاه فى نصف المكاتبة و أخذها منه هل يعتق ؟ قال : لا . قلت : و لم ؟ و قد قبض منه جميع حصته ! قال : لأنه لا يعتق إلا بأداء جميع ما كاتبه عليه . قلت : و كذلك لو كان وهب[4] له نصف المكاتبة بعد ما كاتبه ؟ قال : نعم . قلت : فان قال « قد وهبت[5] له جميع حصتى ١٠ من هذه المكاتبة » هل يعتق ؟ قال : نعم . قلت[6] : و هذا بمنزلة قوله « قد وهبت لك المكاتبة » كلها ؟ قال : نعم . قلت : و لا يعتق حتى يؤدى جميع المكاتبة إذا لم يهب له ؟ قال : نعم .

---

(١) كذا فى م ، هـ ؛ و فى د « قد كان » .

(٢) كذا فى د ، م ؛ و فى هـ « و صار » .

(٣) كذا فى هـ ؛ و فى م ، د « عبدا » بالنصب .

(٤) كذا فى م ، د ؛ و فى هـ « ما وهب » .

(٥) كذا فى م ، د ؛ و فى هـ « وهب » .

(٦) لفظ « قلت » لم يذكر فى الأصول و زدته ليصح سياق العبارة من السؤال و الجواب ، لأنه قال فى الآخر « قال : نعم » و الجواب لا يكون بغير سؤال .

قلت : أ فرأيت إذا قدم شريكه أو علم بذلك بعد ما قبض جميع المكاتبة ما القول فى ذلك ؟ قال : يأخذ الشريك من الذى كاتبه نصف المكاتبة ، ثم هو بالخيار إن كان شريكه موسرا ، فان شاء ضمنه ، و إن شاء أعتق ، و إن شاء استسعى[1] ، و الحال فيه كما[2] وصفت لك فى الباب ٥ الأول ، إلا أن الذى كاتب لا يرجع على المكاتب بشىء مما أخذ منه شريكه من المكاتبة ، لأن الذى كاتب إنما كاتب على نصيبه و نصيب شريكه وأخذ حصته فانما يأخذ حصته[3] و حصة شريكه ، و ليس هذا بمنزلة ما إذا كاتب حصته خاصة بغير إذن شريكه .

قلت : أ رأيت الجارية تكون بين الرجلين فكاتباها جميعا فيطأها ١٠ أحدهما بعد ذلك فتعلق منه ما القول فى ذلك ؟ قال : هى بالخيار إن شاءت أن تعجز فتصير[4] أم ولده[5] و يضمن لشريكه نصف عقرها و نصف قيمتها ، و إن[6] شاءت أن تمضى على مكاتبتها مضت و أخذت عقرها من الواطئ[7] . قلت : أ رأيت إن مضت على كتابتها فوطئها الشريك

(١) كذا فى م ، ه ؛ و فى د « استسعى فيه » .
(٢) كذا فى م ، ه ؛ و فى د « و الحال كما » .
(٣) كذا فى م ، د ؛ و سقط قوله « فانما يأخذ حصته » من ه .
(٤) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « و تصير » يمكن أن يكون الواو نسخة فى هامشه فجمعهما الناسخ ظنا منه بأنه من تروك الأصل .
(٥) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « أم ولد » .
(٦) كذا فى م ، ه ؛ و فى د « فان » .
(٧) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « الوطئ » سهو قلم الناسخ .

الآخر بعد ذلك فعلقت أيضا منه ثم إنها عجزت بعد ذلك ما القول فى ذلك؟ و ما حال الولد ؟ و هل تصير أم ولد لواحد دون صاحبه ؟ قال : إذا عجزت بعد ذلك فولد الأول للاول و ولد الآخر للثانى ، و تصير أم ولد للاول لأنها ولدت منه قبل أن تلد للآخر[1] ، و عليه نصف قيمتها ، و على الثانى قيمة الولد ، و يثبت نسب كل واحد من الولدين ٥ من أبيه[2] .

(١) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « الآخر » تصحيف .

(٢) وفى المختصر و شرحه للسرخسى ج ٨ ص ٣٧ : (مكاتبة بين الرجلين علقت من أحدهما فهى بالخيار) لأنه تلقاها جهتا حرية (فان شاءت عجزت فكانت أم ولد له و يضمن لشريكه نصف قيمتها و نصف عقرها) لأنها أمة بينهما و قد استولدها (و إن شاءت مضت على الكتابة و أخذت عقرها ، فان مضت على الكتابة ثم علقت من الآخر ثم عجزت فالولد الأول للأول و الولد الثانى للثانى) لأن نصفها فى الظاهر مكاتب له حين استولدها و ذلك يكفى لثبوت نسب الولد الثانى منه ، و هى أم ولد للاول لأنه استحق حق أمية الولد فى جميعها ، إلا أن المكاتبة فى نصيب الآخر كان مانعا من ظهور هذا الاستحقاق قبل العجز و قد ارتفع هذا المانع بالعجز فصارت أم ولد له من ذلك الوقت ؛ ألا ترى أن الخيار إذا سقط فى البيع بشرط الخيار يثبت الملك للمشترى من وقت العقد حتى يستحق الزوائد (و إذا صارت أم ولد له فعليه نصف قيمتها للثانى ، و على الثانى جميع قيمة الولد) لأنه تبين أنه استولد مملوكة الغير و لكنه كان مغرورا باعتبار ظاهر الملك فيكون ولده حرا بالقيمة ؛ و لم يذكر حكم العقر لأنه على رواية هذا الكتاب وجب نصف العقر على الثانى و نصف العقر على الأول فيكون أحدهما =

قلت : أرأيت جارية تكون بين الرجلين فكاتباها جميعا مكاتبة واحدة ثم إن المكاتبة ولدت ثم إن أحد الرجلين وطئ ابنتها فولدت منه هل يثبت نسبه ؟ قال: نعم . قلت : فما حال الأم ؟ قال : هي على حالها .

٥　قلت : أرأيت إن قالت « أنا أصير أم ولد الذي وطأني » أيكون ذلك لها ؟ قال: لا . قلت : فهل على الذي وطئها عقرها؟[1] قال: نعم ، ويكون عقرها لأمها .

قلت : أرأيت إن عجزت الأم بعد ذلك ما حال الابنة ؟ قال : تصير أم ولد للذي كانت ولدت منه ، وضمن نصف قيمتها لشريكه يوم

١٠　علقت منه . قلت : ولم؟ قال: لأنها حيث عجزت أمها صارت هي عاجزة أيضا معها ، فلما وقعت في ملكها صارت أم ولد للذي كانت ولدت منه .

قلت : أفرأيت إن كانت الأم لم تعجز والمسألة على حالها ثم إن الشريك الذي لم يطأ أعتق الابنة بعد ما علقت من شريكه وولدت

= قصاصا بالآخر . وقد بينا في كتاب الدعوى أن الأصح وجوب جميع العقر على الثاني ثم يكون النصف بالنصف قصاصا ويبقى للاول نصف العقر على الثاني ، وبينا هناك أن قول أبي يوسف ومحمد أيضا أنه حين استولدها أحدهما صار الكل أم ولد له وهي مكاتبة فلا يصح استيلاد الثاني بعد ذلك ولا يثبت النسب منه بالدعوى - اهـ ٨ / ٣٨ .

(١) وفي د « عقر » .

هل يجوز عتقه؟ قال: نعم. قلت: فهل تسعى الابنة أو تكون على حالها؟ قال: هي حرة و لا سبيل عليها، و ولدها حر، فان أدت أمها عتقت، و إن عجزت الأم ردت في الرق، و أما الابنة و ولدها فلا يرد في الرق، و يعتق نصف الذي أعتق منها، و لا تسعى للذي[1] وطئها في شيء و تصير حرة. قلت: و لم؟ قال: لأن الأم عجزت فردت في الرق، و كانت ٥ الابنة قد أعتق نصفها قبل ذلك و قد ولدت الآخر، و لا تسعى أم ولد للذي ولدت منه؛ و هذا بمنزلة جارية بين الرجلين وطئها جميعا فادعيا ولدها ثم إن أحدهما أعتقها، فاذا أعتقها أحدهما عتق نصيب الآخر أيضا لأنها أم ولد له، و أم الولد لا تسعى؛ و كذلك هذا في الباب الأول في المكاتبة في قول أبي حنيفة. ١٠

قلت: أرأيت المكاتبة في قول أبي حنيفة[2] إذا كانت بين الرجلين كاتباها جميعا فولدت ثم إن أحد الشريكين أعتق ولدها هل يجوز عتقه؟ قال: نعم. قلت: فهل يعتق الولد كله؟ قال: لا، بل يعتق نصفه، و هو على حاله حتى تعجز الأم أو تعتق[3] فيعتق معها.

قلت: أرأيت إن[4] عجزت الأم بعد ذلك ما حال الولد؟ قال: ١٥

---

(١) كذا في م، د؛ و في ه «الذي» تصحيف.

(٢) كذا في م، د؛ و سقط قوله «في قول أبي حنيفة» من ه.

(٣) كذا في ه؛ و في م، د «و تعتق» و ليس بشيء.

(٤) كذا في م، د؛ و في ه «إذا» مكان «إن».

نصيب الذى كان أعتقه منه حر، و يسعى للآخر[١] فى نصف قيمته.

قلت: فهل على المعتق ضمان إن كان موسرا يوم كان أعتق؟ قال: نعم. قلت: و هو بالخيار إن شاء أعتق و إن شاء استسعى و إن شاء ضمن؟ قال: نعم. قلت: و لم؟ قال: لأنه قد أفسد[٢] على شريكه.

٥ قلت: أرأيت إذا[٣] كانت المكاتبة بين رجلين فولدت ولدا ثم إنهما وطئا الابنة فعلقت فولدت منهما ثم إن الواطئين ماتا جميعا ما حال الولد؟ و هل يكون موتهما بمنزلة عتقهما إياها؟ قال: نعم. قلت: فما حال الأم؟ قال: هى على مكاتبتها لورثتها. قلت: و لمَ عتق الولد و لم تعتق الأم؟ قال: لأنهما لو كانا أعتقا الولد فى حال حياتهما ١٠ عتق و كانت الأم على مكاتبتها. فكذلك موتهما إذا كانت ولدت منهما لأن موتهما عتق منهما؛ ألا ترى لو كانت الأم التى ولدت منهما ثم ماتا عتقت! فكذلك ولدها بمنزلتها فى هذه الحال.

قلت: أرأيت إذا كانا وطئا جميعا الأم فولدت منهما ولدا ثم ماتا هل تعتق[٤]؟ قال: نعم، تعتق هى و ولدها جميعا. قلت: وكيف عتق ١٥ ولدها و إنما عتقت بغير المكاتبة؟ قال: لأن ولدها بمنزلتها و إذا أعتقت

---

(١) كذا فى م، د؛ و فى ه «الآخر» تصحيف.

(٢) كذا فى م، د؛ و فى ه «لأنه أفسد».

(٣) كذا فى م، د؛ و فى ه «إن» مكان «إذا».

(٤) و فى ه «يعتق» و هو فى م، د غير منقوط؛ و الصواب «تعتق» بصيغة التأنيث.

عتق ولدها معها، و إنما عتقت بالموت فكان العتق أكسبها لما عليها من المكاتبة فيعتق الولد لمكان[1] ذلك؛ ألا ترى أن الأم لو أدت فاستوفيا عتق الولد! فكذلك هذه.

قلت: أرأيت إن عجزت ثم ولدت منهما جميعا ما حال ولدها الأول؟ قال: رقيق لهما. قلت: و لم؟ و قد صارت أم ولد لهما! قال: لأن ٥ الولد كان قبل أن تصير أم ولد لهما و من قبل أن تعلق منهما.

و قال أبو يوسف و محمد: إذا كاتب بغير إذن شريكه ثم علقت منه فهي أم ولده، و هي مكاتبة على حالها، و يضمن نصف قيمتها و نصف عقرها، و هذا إجازة للمكاتبة؛ و هذا بمنزلة رجل له أمة ولدت منه ولدا ثم كاتبها بعد ذلك. ١٠

قلت: أرأيت الجارية تكون بين الرجلين كاتبها أحدهما بغير إذن شريكه ثم وطئها الذي كاتبها قبل أن يعلم شريكه بالمكاتبه و قبل أن تؤدى[2] شيئا فولدت منه ولدا ما حالها؟ قال: هي أم ولد له، و المكاتبة جائزة، و يضمن الواطئ نصف قيمتها و نصف عقرها لشريكه و نصف العقر لها. قلت: و لا تجعل[3] للمكاتبة خيارا؟ قال: بلى، لها ١٥ الخيار، فان اختارت الكتابة كان لها نصف العقر سالما تستعين به، و إن اختارت أن تكون أم ولد له لم يكن لها نصف العقر.

---

(١) كذا في م، د؛ و في هـ «لكان» تصحيف.

(٢) كذا في م، د؛ و في هـ «يؤدى» تصحيف.

(٣) كذا في م، و في هـ «ولايجعل» بالياء، و هو في د غير منقوط.

قلت: أرأيت إذا أجاز[1] شريكه المكاتبة بعد ما علقت و لم يكن علم بالمكاتبة بعد؟ قال: إجازته باطلة، و هى مكاتبة.

قلت: أرأيت إن وطئها الذى لم يكاتب فعلقت منه و قد كان كاتبها[2] الآخر بغير إذنه قبل ذلك ما القول فى ذلك؟ قال: هى أم ولد للذى علقت منه، و المكاتبة على حالها حتى يردها الواطئ.

قلت: أرأيت إن كان كاتبها أحدهما باذن شريكه ثم إن الآخر وطئها فولدت منه ما القول فى ذلك؟ قال: المكاتبة بالخيار إن شاءت أن تعجز عن نصرة الذى كاتبها و تصير أم ولد للذى ولدت منه، و إن شاءت أن تمضى على مكاتبتها، فاذا أدت عتقت. و لم تسع للآخر فى شىء من قيمتها لأنها أم ولد له يوم عتقه.

قلت: أرأيت إن اختارت أن تمضى على المكاتبة هل على الذى وطئها عقر؟ قال: عليه نصف عقرها. قلت: و لمَ يكون عليه نصف العقر؟ قال: لأن نصيبه منها ليس بمكاتب، و إنما يكون عليه نصف العقر لأن النصف الآخر مكاتب فلا يكون عليه فى نصيبه منها عقر لأن نصيبه رقيق له على حاله.

قلت: أرأيت إن كاتبها أحدهما بغير إذن شريكه و كاتب نصيبه منها فاكتسبت[3] بعد ما كاتبها مالا كثيرا فأدت مكاتبتها ما القول فى

(١) كذا فى م، د؛ و فى ه «جاء» مكان «أجاز» تصحيف.

(٢) كذا فى م، د؛ و فى ه «وطئها» مكان «كاتبها».

(٣) كذا فى م، د؛ و فى ه «فاكتسب».

ذلك

ذلك ؟ و ما حال ما فى يديها من المال ؟ قال : ينظر إلى نصف ما فى يديها و ما أخذ مولاها من مكاتبتها أجمع[1] مما اكتسبته قبل أن تؤدى[2] مكاتبتها ، فيكون للذى لم يكاتب النصف و النصف لها . قلت : و لم صار هذا هكذا ؟ قال : لأن نصيبه[3] منها رقيق على حاله ، فنصف ما كان فى يديها من مال[4] فهو له ، و النصف الآخر لها . ٥

قلت : أ رأيت إن اكتسبت مالا بعد أداء المكاتبة ما القول فى ذلك ؟ قال : كل شيء اكتسبته بعد أداء المكاتبة فهو لها ، ليس للشريك الذى لم يكاتب عليها سبيل . قلت : و لم اختلف هذا و الباب الأول؟ قال : لأنها إذا أدت مكاتبتها فقد عتق نصفها ، و للآخر عليها نصف قيمتها تسعى فيه ، و لا يصير[5] له مما اكتسب[6] بعد أداء المكاتبة شيء . ١٠

قلت : أ رأيت إن ماتت[7] قبل أن تؤدى[8] شيئا من المكاتبة إلى الذى كان كاتبها و قد تركت مالا كثيرا ما القول فى ذلك ؟ قال : ينظر إلى

---

(١) كذا فى م ، د ؛ و سقط لفظ « أجمع » من ﻫ .

(٢) و فى ﻫ « يؤدى » و هو فى م ، د مهمل ؛ و الصواب « تؤدى » .

(٣) كذا فى م ، د ، و فى ﻫ « نصيب » تحريف .

(٤) كذا فى م ، د ؛ و فى ﻫ « ماله » .

(٥) و فى ﻫ « تصير » و هو فى م ، د غير منقوط ؛ و الصواب « يصير » بالياء .

(٦) كذا فى م ، د ؛ و فى ﻫ « بعد ما اكتسب » .

(٧) كذا فى م ، د ، و فى ﻫ « مات » تصحيف .

(٨) كذا فى م ، د ؛ و فى ﻫ « يؤدى » .

نصف جميع ما تركت فيكون للذى لم يكاتبها ، و يأخذ[1] الذى كاتبها المكاتبة
من النصف الثانى ، ثم يأخذ[1] الذى لم يكاتب نصف قيمتها مما بقى إن
كان شريكه معسرا ، فان كان لها ورثة أحرار كان ما بقى لهم ميراثا ،
و إن لم يكن لها وارث غيرهما كان ما بقى بينهما نصفين ، و إن شاء
٥ ضمن الذى لم يكاتب الذى كاتب نصف قيمتها لأنه موسر كان له ذلك
و يرجع به الذى كاتب فى مالها ، و يكون ولاؤها له[2] و ميراثها
إن لم يكن لها وارث غيره ، و إن كان المولى الذى كاتب معسرا لم يكن
للمولى الذى لم يكاتب إلا ضمان نصف قيمتها عليه ، و لكنه يأخذ ذلك
[illegible] سوى نصف الكسب الذى يأخذه .

١٠ قلت[3] : أرأيت إن كانت ماتت بعد ما أدت المكاتبة و قد تركت
مالا لا يدرى متى اكتسبه[4] قبل الأداء أو بعد الأداء ؟ قال : إذا
لم يعلم ذلك فالمال لها[5] ، و يأخذ الذى لم يكاتب نصف قيمتها مما تركت ،
فان كان لها ورثة أحرار كان ما بقى لهم ، فان لم يكن ورثة كان
بينهما نصفين ، و إن علم متى اكتسبت المال فما كان من ذلك قبل أداء
١٥ المكاتبة فنصف ذلك للذى لم يكاتب و نصفه للباقى ، و ما اكتسبت

(١) كذا فى ه ، و فى د « تأخذ » و هو فى م غير منقوط .
(٢) كذا فى م ، د ؛ و سقط لفظ « له » من ه .
(٣) كذا فى ه ؛ و سقط لفظ « ت » من م ، د .
(٤) كذا فى الأصول ، و الصواب « اكتسبته » .
(٥) كذا فى ه ؛ و فى م ، د ، إذا لم يعلم فالمال لها » .

بعد الأداء فهو للمكاتب .

قلت : أرأيت جارية بين رجلين كاتب أحدهما نصيبه بغير إذن شريكه فأدت إليه المكاتبة ثم إن الآخر وطئها فعلقت منه ما القول فى ذلك ؟ قال : تسعى له فى نصيبه ، ولا تصير أم ولده .

قلت : أرأيت الجارية إذا كانت بين رجلين فكاتباها جميعا ٥ مكاتبة واحدة ثم إن أحدهما مات وترك ابنين فأعتق أحد الابنين المكاتبة هل يجوز عتقه ؟ قال : لا . قلت : لم ؟ قال : لأنه ورث مالا ولم يرث شيئا من الرقبة[1] ، وإنما عتقه بمنزلة ترك المال إذا لم يكن وارث غيره . قلت : فما حال المكاتبة ؟ قال : مكاتبتها على حالها . قلت : أرأيت إن عجزت هل ترد فى الرق ؟ قال : نعم ، ما لم يعتقها ١٠ الابن الآخر ، فان عجزت بعد عتق الابن الآخر لم ترد فى الرق .

قلت : أفرأيت[2] إن وهب أحد ابنى الميت جميع حصته للمكاتبة[3] من المكاتبة هل يجوز ذلك ؟ قال : نعم ، ولا تعتق . وتسعى للآخر فى حصته من المكاتبة ، فان أدت عتقت . قلت : أفرأيت إن وهب[4] لها المال جميعا الوارثان[5] والشريك هل تعتق[6] ؟ قال : نعم . قلت : فلم ؟ ١٥

(١) كذا فى م ، د ؛ وفى ه « لم يرث من الرقبة شيئا » .

(٢) كذا فى م ، د ؛ وفى ه « أرأيت » .

(٣) كذا فى م ، د ؛ وفى ه « جميع حصة المكاتبة » .

(٤) كذا فى د ؛ وفى م ، ه « وهبا » .

(٥) وفى الأصول « الوارثين » خطأ ، والصواب « الوارثان » .

(٦) وفى ه « يعتق » وهو فى م ، د مهمل ؛ والصواب « تعتق » .

قال: أستحسن فى هذا الوجه، لأنهما إذا اجتمعا على ذلك أخذت نصيب الوارث معه.

قلت: أ رأيت إن كان الوارث وطئها بعد موت أبيه[١] فولدت منه ما القول فى ذلك؟ قال هى بالخيار إن شاءت أن تعجز و تصير أم ولد له و يضمن نصف قيمتها و نصف عقرها للآخر، و إن شاءت أن تمضى على مكاتبتها مضت و تأخذ عقرها منه.

قلت: أ فرأيت الجارية إذا كانت بين رجلين فكاتباها جميعا مكاتبة واحدة ثم إن أحدهما ارتد عن الإسلام فأدت المكاتبة إليهما جميعا و هو مرتد ثم قتل مرتدا ما القول فى ذلك؟ و هل تعتق[٢]؟ قال: لا تعتق[٣]، و ليس أداؤها إليه بشىء. قلت: فما حالها؟ قال: ينظر[٤] إلى ما أخذ الشريك فيؤخذ نصفه، و يستسعونها فى النصف الباقى.

قلت: أ رأيت إن عجزت هل ترد فى الرق؟ قال: نعم. قلت: و لم صار هذا هكذا؟ و كيف لا يعتق نصيب الذى لم يرتد؟ قال: لأن[٥] أداءها إلى المرتد ليس بشىء؛ ألا ترى أنه لو لم يكن[٦] فأدت[٧]

(١) و فى الأصول «ابنه» تصحيف، و الصواب «بعد موت أبيه».
(٢) كذا فى د، و فى ه «يعتق» بالياء تصحيف، و هو فى م غير منقوط.
(٣) و فى ه «لا يعتق» تصحيف؛ و هو فى م، د غير منقوط.
(٤) كذا فى ه، و فى د «تنظر» و هو فى م مهمل.
(٥) و فى م، د «لا لأن».
(٦) و فى ه «لم تكن» بالتاء؛ و هو فى م، د غير منقوط؛ و الصواب «لم يكن» بالياء.
(٧) كذا فى م، د و هو الصواب؛ و فى ه «ادت».

إلى

إلى أحدهما جميع نصيبه لم تعتق حتى تؤدى إليهما جميع المكاتبة، لأن المكاتبة واحدة فلا تعتق إلا بأدائها[1] جميعا، و أداؤها إلى المرتد ليس بشيء؛ ألا ترى لو أن رجلا كاتب أمة له ثم ارتد ثم قبض مكاتبتها ثم قتل مرتدا كان قبضه باطلا، و كانت مكاتبته على حالها - فى قياس قول أبي حنيفة، و أما فى قول أبي يوسف و محمد فقبض المرتد فى ذلك ٥ كله جائز، بمنزلة قبض[2] المسلم. [3]قال: أبو يوسف: قبض المرتد للمكاتبة جائز، و هو بمنزلة المسلم[3] فى ذلك.

قلت: أرأيت المكاتبة إذا كانت[4] بين رجلين فكاتباها مكاتبة واحدة ثم ارتد أحدهما ثم قبضا جميعا المكاتبة و هو مرتد ثم أسلم هل يجوز ذلك و تعتق المكاتبة؟ قال: نعم، لأنه قد أسلم. ١٠

قلت: أرأيت إن كان حيث ارتد لحق أرض الحرب فاستسعاها هذا العبد[5] فى جميع المكاتبة فأداها إليه هل تعتق؟ قال: لا. قلت: و لم؟ قال: لأن أداءها إليه جميع المكاتبة لا يجوز.

---

(١) و فى الأصول « بأدائهما » بالتثنية، و الصواب « بأدائها » بالتأنيث.

(٢) كذا فى م، د؛ و سقط لفظ « قبض » من ه.

(٣-٣) كذا فى م، د؛ و لم يذكر قوله « قال أبو يوسف - الخ » فى ه؛ و الظاهر أنه مكرر - و الله أعلم.

(٤) كذا فى د، ه؛ و فى م « كاتب » سهو.

(٥) كذا فى الأصول، و ليس هذا مقام « العبد » بل مقام الشريك الذى لم يرتد و لم يلحق بأرض الحرب، و ليس فى المسألة ذكر العبد.

قلت: أرأيت إن أدت المكاتبة إلى هذا الشريك الثانى و إلى ورثة المرتد هل تعتق؟ قال: نعم، إذا كان قد قضى بردته و بالميراث بين[1] ورثته.

قلت: أفرأيت إن ارتد أحدهما ثم إن المكاتب عجز فرداه جميعا ٥ فى الرق ثم قتل المرتد على ردته هل يجوز ردهما ذلك؟ قال: لا، و هو على مكاتبته. قلت: و لم؟ قال: لأن المرتد لا يجوز شىء مما صنع إذا قتل أو لحق بدار الحرب.

قلت: أرأيت عبدا بين رجلين كاتباه جميعا مكاتبة واحدة ثم إن أحد المولين غاب فعجز عن مكاتبته فقدمه الشاهد إلى القاضى هل ١٠ يرده القاضى[2] فى الرق؟ قال: لا، قلت: و لم؟ قال: لأن المولى الآخر غائب فلا يرد فى الرق أبدا حتى يحضرا جميعا، لأن المكاتبة واحدة.

قلت: أفرأيت إن رده الشاهد و رضى بذلك العبد هل يكون رده ردا؟ قال: لا، و هو مكاتب على حاله.

قلت: أفرأيت العبد يكون بين الرجلين فكاتب أحدهما العبد ١٥ كله باذن شريكه أيجوز؟ قال: نعم.

قلت: أفرأيت إن أدى المكاتب جميع المكاتبة إلى الذى كاتبه هل يعتق؟ قال: لا، إلا أن يكون كتب الكتابة باسمه و وكله بقبضها. قلت: و لم؟ قال: لأنه ليس بوكيل لشريكه فى قبض المكاتبة؛

---

(١) كذا فى م، د؛ و فى ﻫ «و بين» خطأ.

(٢) كذا فى م، د؛ وسقط لفظ «القاضى» من ﻫ.

ألا ترى لو أن رجلا وكل رجلا أن يكاتب عبدا له فكاتبه و قبض المكاتبة لم يعتق العبد، فان وكله بقبضها عتق و جاز[1] قبضه! و كذلك إذا وكل أحدهما صاحبه بالمكاتبة .

قلت : أرأيت الأمة تكون بين الرجلين كاتباها جميعا مكاتبة واحدة ثم إن أحد السيدين أعتق المكاتبة ما القول فى ذلك ؟ قال : المكاتبة ٥ بالخيار إن شاءت أن تعجز عجزت ، فان عجزت نظر ، فان كان الذى أعتق موسرا كان الشريك الآخر بالخيار : إن شاء أعتق ، و إن شاء ضمن ، و إن شاء استسعى .

قلت : أرأيت المكاتبة كانت بين الرجلين فكاتباها جميعا مكاتبة واحدة فولدت المكاتبة ابنة ثم إن المكاتبة ماتت فهل تسعى الابنة فى ١٠ شيء من المكاتبة ؟ قال : نعم. قلت : أرأيت إن ولدت الابنة ابنة ما القول فى ذلك ؟ و قد بلغت السعاية هل عليها شيء من السعاية ؟ قال : نعم ، تسعيان[2] جميعا فى المكاتبة . [3]قلت : و لم يسعى ولد الولد ؟ قال : لأنهما جميعا ولد للمكاتبة ، و لأنهما لا يعتقان إلا بأداء المكاتبة ، و لأنهما يسعيان[3] فيما على أمهما . ١٥

قلت : أرأيت إن أدى ولد الولد جميع مال المكاتبة هل ترجع على أمها[4] بشيء ؟ قال : لا . قلت : وكذلك إن[5] أدت الأم لم ترجع

---

(١) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « جاه » تصحيف .
(٢) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « يستسعيان » تصحيف .
(٣-٣) كذا فى م ، د ؛ و من قوله « قلت : ولم يسعى » ساقط من ه .
(٤) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « أمهما » .
(٥) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « إذا » مكان « إن » .

على ابنتها؟ قال: نعم، هما[1] سواء، ولا ترجع واحدة منهما[2] على صاحبتها بشيء. قلت: أفرأيت إن أعتقا الأم الباقية هل تعتق ابنتها؟ قال: لا. قلت: ولم؟ قال: لأن ابنتها لا تعتق إلا بعتق جدتها. قلت: فهل تسعى فى المكاتبة بعد ذلك؟ قال: نعم، تسعى فى جميع مكاتبة جدتها.

٥ قلت: ولا يرفع عنها شيء من المكاتبة بعتق أمها؟ قال: لا. قلت: ولم؟ قال: لأنها إنما تؤدى عن جدتها، ألا ترى أن الجدة لو كانت حية ثم أعتقا ولدها لم يرفع عنها شيء[3] من المكاتبة.

قلت: أفرأيت إن[4] كان أحد السيدين وطئ ابنة الابنة فعلقت منه ما القول فى ذلك؟ قال: عليه عقرها وهى على حالها، مكاتبة، ولا تصير

١٠ أم ولد. قلت: ولم؟ قال: لأن أمها معها، فان أدت عتقتا[5] جميعا، ولا تصير إحداهما عاجزة دون الأخرى، ألا ترى لو أن إحداهما عجزت ولم تعجز الأخرى كانتا على مكاتبتهما! لأن الأخرى إذا أدت عتقتا[6] جميعا. قلت: وكذلك لو وطئ الأم؟ قال: نعم. قلت: أرأيت إن كان وطئ أحد المولين الابنة فعلقت و وطئ الآخر[7] الأم

(١) كذا فى م، هـ؛ وفى د «هو» مكان «هما».
(٢) كذا فى م، د؛ وسقط لفظ «منهما» من هـ.
(٣) كذا فى م، د؛ وسقط لفظ «شيء» من هـ.
(٤) كذا فى م، د؛ وفى هـ «إذا» مكان «إن».
(٥) وفى الأصول «عتقا» والصواب «عتقتا» بصيغة المؤنث.
(٦) كذا فى م، د؛ وفى هـ «عتقا» بصيغة المذكر تصحيف.
(٧) كذا فى م، د؛ وسقط لفظ «الآخر» من هـ.

فعلقت فقالتا : نحن نعجز ، أيكون ذلك لهما ؟ قال : نعم ، إن شاءتا عجزتا و كانت كل واحدة[2] منهما أم ولد للذى وطئها ، و إن شاءتا مضتا على مكاتبتهما ، فان مضتا على المكاتبة كان لكل واحد منهما عقرها ، و إن عجزتا كانت كل واحدة منهما أم ولد للذى وطئها ، و يضمن كل واحد منهما لصاحبه نصف قيمة الجارية و نصف عقرها . ٥

و قال أبو يوسف و محمد : إذا كاتب الرجل نصيبه من عبده[3] بغير إذن شريكه فلشريكه أن يرد ذلك ، و لا يرده إلا بقضاء القاضى ، إلا أن يرضى العبد و مولاه الذى كاتبه أن يقضى المكاتبة[4] .

قال أبو حنيفة : إذا أعتق ابنة المكاتب عتق ابنة ابنتها[5] . و قال

---

(١) قال السرخسي فى شرح المسألة : و مراده أن الأم أن تعجز نفسها لأنه تلقاها جهتا حرية ، وأما الولد فليس من هذا الخيار فى شيء ، لأنه ليس عليه شيء من البدل - اهـ ج ٨ ص ٤٢ .

(٢) كذا فى م ، د ؛ و فى هـ « واحد » خطأ .

(٣) كذا فى د ؛ و فى م ، هـ « عبد » .

(٤) و فى المختصر و شرحه للسرخسي : (و قال أبو يوسف و محمد : إذا كاتب الرجل نصيبه من عبده بغير إذن شريكه فللشريك أن يرد ذلك ، و لا يرده إلا بقضاء القاضى ، إلا أن يرضى العبد و مولاه الذى كاتبه أن ينقض الكتابة) و هذا قول أبي حنيفة أيضا لأن ثبوت حق الفسخ للآخر مختلف فيه بين العلماء فلا يتم إلا بقضاء القاضى أو التراضى ، كالرجوع فى الهبة ، و هذا لأن الفاسخ إنما يفسخ باعتبار ملكه ، والعاقد يمنعه من ذلك باعتبار ملكه أيضا ، فاذا استوت الأقدام كان الفصل إلى القاضى - اهـ ج ٨ ص ٤٣ .

(٥) كذا فى الأصول ، ولعل الصواب « أعتقت ابنة المكاتبة عتقت ابنة ابنتها » .

أبو يوسف و محمد : لا تعتق[1] ابنة ابنتها ، كما فى الكتاب .

باب مكاتبة الرجل نصف عبده أو ثلثه أو ربعه

قلت : أرأيت الرجل يكاتب نصف عبده هل يجوز ذلك ؟ قال : نعم . قلت[2] : و كذلك إذ كاتب ثلثه أو ربعه[3] أو أقل من ذلك ٥ أو أكثر ؟ قال : نعم .

قلت : أرأيت الرجل إذا كاتب نصف عبده فأدى المكاتبة ما حاله ؟ قال : يعتق نصفه ، و يسعى بعد ذلك فى نصف قيمته . قلت : و لم ؟ قال : لأنه بمنزلة رجل أعتق نصف عبده . فاذا أعتق نصف عبده سعى فى نصف قيمته ، و كذلك إذا كاتب نصفه فأدى المكاتبة ـ و هذا قول ١٠ أبى حنيفة . و قال أبو يوسف و محمد : إذا كاتب نصفه فهو مكاتب كله بالذى كاتب به نصفه ، كما أنه لو أعتق نصفه بخمسمائة عتق كله ، و كذلك لو طلق نصفها بخمسمائة طلقت كلها بألف[4] .

قلت[5] : أفرأيت الرجل إذا كاتب نصف عبده فى قول أبى حنيفة فاكتسب العبد مالا لمن يكون ذلك المال ؟ قال : نصف كل شىء اكتسب ١٥ العبد للمولى ، و نصفه للعبد . قلت : و لم ؟ قال : لأن نصفه مكاتب ، و نصفه رقيق للسيد .

---

(١) و فى هـ « لايعتق » و هو فى م ، د غير منقوط ؛ و الصواب « لاتعتق » .
(٢) سقط لفظ « قلت » من الأصول ، و الصواب إثباتها .
(٣) كذا فى م ، د ؛ و فى هـ « ثلاثة او اربعة » و ليس بشىء .
(٤) كذا فى د ؛ و سقط لفظ « بألف » من هـ ، م .
(٥) كذا فى م ، هـ ؛ وسقط لفظ « قلت » من د .

قلت: أرأيت إن أدى المكاتبة وفى يده مال قد كان اكتسبه فى المكاتبة قبل الأداء هل يكون للولى من ذلك شيئا[1]؟ قال: يكون له نصف جميع ما كان فى يده قبل الأداء.

قلت: أرأيت ما اكتسب العبد بعد الأداء هل يكون للولى منه شىء؟ قال: لا، ويكون جميع ما اكتسب له[2]. قلت: ولم ونصفه ٥ رقيق للسيد؟ قال: لأنه إذا[3] أدى إليه المكاتبة فقد صار نصفه حرا وصار للسيد عليه نصف قيمته يستسعيه فيها، ولا يكون له على ماله سبيل.

قلت: أرأيت إن اكتسب مالا كثيرا بعد الأداء فقال العبد «أسعى فى نصف قيمتى نجوما»، وقال السيد «بل آخذها[4] جميعا لأنها عندك»، أيقضى القاضى عليه أن يؤديها جميعا وعنده مثل نصف قيمته ١٠ أو أكثر؟ قال: نعم. قلت: ولم؟ قال: لأن نصف القيمة دين عليه، فان كان عنده مال أخذه به، فانما يقضى عليه بأن يسعى على قدر ما يطيق [5]إذا لم يكن[5] عنده شىء.

قلت: أرأيت الرجل إذا كاتب نصف عبد له أله أن يحول بينه وبين العمل والطلب والكسب والسعاية فى مكاتبته؟ قال: لا. ١٥ قلت: ولم؟ ونصفه[6] رقيق له! قال: لأنه كاتب نصفه فليس له أن

---

(١) كذا فى الأصول، والصواب «شىء».

(٢) كذا فى م، د؛ وفى هـ «ما اكتسبه».

(٣) كذا فى م، د؛ وسقط لفظ «إذا» من هـ.

(٤) كذا فى الأصول.

(٥-٥) كذا فى م، د؛ وفى هـ «الذى» مكان «إذا لم يكن».

(٦) قوله «ونصفه» كذا فى م، د؛ وسقط حرف الواو من هـ.

يمنعه من الطلب . قلت : إن أراد أن يخرج من المصر أله أن يحول بينه و بين ذلك ؟ قال : أما فى القياس فنعم ، و لكنا ندع القياس و نستحسن أن لا يحول بينه و بين الخروج و طلب الكسب .

قلت : أ رأيت إن كاتب الرجل نصف عبده فأراد أن يستخدمه ٥ يوما و يخلى عن العبد يوما يسعى أ له ذلك ؟ قال : هكذا ينبغى فى القياس ، و لكنا ندع القياس و نستحسن[1] فنقول : لا يعرض له فى شىء حتى يؤدى أو يعجز . فاذا أدى استسعاه بعد ذلك فى نصف قيمته و يكون نصف ما كان فى يده قبل الأداء للمولى .

قلت : أ رأيت إن أراد المولى أن يستسعيه يوما و يخل[2] العبد ١٠ يوما يكتسب أ يكون له[3] ذلك ؟ قال : هذا و الخدمة سواء ، و يكون ذلك له فى القياس ، و أما فى الاستحسان فلا ، و الاستحسان فى هذا[4] أحب إلينا .

قلت : أ رأيت رجلا كاتب نصف أمة له فولدت له ولدا فى مكاتبتها ما حال ولدها ؟ قال : ولدها بمنزلتها .

١٥ قلت : أ رأيت إن أدت المكاتبة ما حال ولدها ؟ قال : يعتق نصفها و نصف ولدها . قلت : فهل للسيد على الولد سبيل ؟ قال : نعم ، يسعى

---

(١) كذا فى م ، د ؛ و من قوله « أن لا يحول » س م ساقط من ه .

(٢) كذا فى الأصول ، و لعل الصواب « يخلى » كما مر و كما سيجىء .

(٣) قوله « أ يكون له » كذا فى م ، ه ؛ و فى د « أ له » .

(٤) كذا فى م ، ه ؛ و سقط قوله « فى هذا » من د .

الولد في نصف قيمته، و تسعى الأم في نصف قيمتها.

قلت: أ رأيت ما اكتسب الولد في حال سعاية أمه قبل أن تؤدي لمن يكون ذلك الكسب؟ قال: نصف جميع ذلك للسيد و نصفه للأم. قلت: و لم؟ قال: لأن الولد بمنزلة أمه و كسبه بمنزلة كسب أمه؛ ألا ترى أن السيد يأخذ نصف كسب أمه! و كذلك الولد.   ٥

قلت: أ رأيت ما اكتسب الولد بعد ما تؤدي الأم المكاتبة لمن يكون؟ قال: هو كله للولد، و لا يكون للأم و لا للولي منه شيء. قلت: و لم؟ قال: لأن الولد قد عتق نصفه، فما كسب بعد ذلك فهو له.

قلت: أ رأيت ما كان في يده من مال اكتسبه قبل أداء المكاتبة لمن يكون؟ قال: تأخذ الأم نصفه و المولى نصفه. قلت: و لِمَ تأخذ   ١٠ الأم نصف الكسب؟ قال: لأن ولدها من كسبها؛ ألا ترى لو أن مكاتبة ولدت ولدا كان كل ما اكتسب[1] الولد من شيء فهو لها! فكذلك الباب الأول.

قلت: أ رأيت: إن ماتت الأم قبل أن تؤدي شيئا من كتابتها ما حال الولد؟ قال: يسعى الولد فيما كان على أمه من المكاتبة، فاذا   ١٥ أدى عتق نصفها و نصفه، و يسعى بعد ذلك في نصف قيمته. قلت: و لم لا يسعى في نصف قيمة أمه؟ قال: لأنه إذا أدى المكاتبة عتق نصف أمه و نصفه، و كان قد أدى جميع ما كان على الأم فيبقى نصفه رقيقا فيسعى المولى[2] في نصف قيمته؛ ألا ترى لو أن الأم أدت المكاتبة

(١) كذا في م، ه؛ و في د «اكتسبه».
(٢) كذا في الأصول، و الصواب «للولى».

فى حياتها[1] عتق نصفها و نصف ولدها ، و يسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته ، و لو ماتت الأم بعد ما أدت لم يسع الولد فى شيء مما على أمه و لكن يسعى فى نصف قيمته ، لأن الولد إنما يعتق منه ما يعتق[2] من أمه ؛ و هذا بمنزلة رجل أعتق نصف أمته و نصف ولدها ، و لو أن ٥ هذا أعتق نصف أمته و هى حبلى فولدت بعد ذلك أو حبلت بعد ما عتق بعضها فهذا يسعى للولد فيما[3] على أمه إذا ماتت ؛ و فى الباب الأول يسعى فى نصف قيمة الأم لأنها ولدت فى الباب[4] قبل أن يعتق منها شيء .

قلت : أ فرأيت إذا كاتب الرجل[5] نصف أمته فولدت ولدا فى ١٠ مكاتبتها ثم ماتت الأم و قد استدانت دينا وقد تركت مالا كثيرا ما القول فى ذلك ؟ قال : يؤدى[6] إلى الغرماء جميع دينهم من جميع ما تركت ، و نصف ما بقى للمولى ، و يأخذ المولى منه المكاتبة مما بقى من النصف الآخر، فان بقى شيء بعد ذلك أخذ المولى نصف قيمتها منه ، و أعتقت الأم ، و كان ما بقى بعد ذلك لورثة الأم إن كان لها ورثة أحرار ،

(١) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « جنايتها » شر تصحيف .
(٢) كذا فى م ، ه ؛ و فى د « اعتق » .
(٣) كذا فى الأصول ، و لعل الصواب « يسعى الولد فيما - الخ » .
(٤) كذا فى الأصول .
(٥) كذا فى م ، ه ؛ و فى د « أ فرأيت الرجل إذا كاتب الرجل » تحريف .
(٦) كذا فى ه ، م ؛ و فى د « تؤدى » .

ولا يكون للولى منه ولا لولدها الذى ولدته فى المكاتبة شىء، لأن ولدها بمنزلة المملوك؛ ألا ترى أنه يسعى فى نصف قيمته! فما دام يسعى فلا يرث.

قلت: أرأيت إن لم تدع الأم شيئا هل يسعى ولدها فى الدين الذى على أمه؟ قال: نعم، و يسعى للولى فى المكاتبة و فى نصف قيمة الولد. ٥

قلت: أرأيت إن أدى إلى المولى المكاتبة قبل أن يؤدى إلى الغرماء هل يعتق نصف أمه و نصفه؟ قال: نعم. قلت: فهل ترجع الغرماء على المولى بما أخذ منه؟ قال: لا، و تبيع[1] الغرماء بالدين الولد. قلت: فهل يلزم الولد جميع ما كان على أمه من دين؟ قال: نعم.

قلت: أرأيت ما اكتسب الولد قبل أن يؤدى المكاتبة لمن يكون؟ ١٠ قال: يكون نصفه للولى و نصفه له بعد الدين، فانه يبدأ به أولا، و ما بقى على ما وصفت لك.

قلت: أرأيت رجلا كاتب نصف أمة له فاستدانت دينا ثم إنها عجزت و ردت فى[2] الرق ما حال الدين[3]؟ قال: يكون جميع الدين فى جميع رقبتها إن أدى عنها المولى، و إلا بيعت[4] للغرماء[5]. قلت: و لم يكون ١٥

(١) كذا فى ه؛ و هو فى م، د غير منقوط.
(٢) كذا فى م، د؛ و فى ه « الى » مكان « فى ».
(٣) كذا فى م، د؛ و فى ه « قلت ما حال الدين ».
(٤) قوله « و إلا بيعت » كذا فى م، د؛ و فى ه « و لا تبعث » تصحيف.
(٥) و فى الأصول « الغرماء » و الصواب « للغرماء ».

الدين فى جميع الرقبة و إنما كان[1] كاتب نصفها؟ قال[2]: لأن شراءها و بيعها كان جائزا عليها، فلذلك لزمها جميع الدين.

قلت: أفرأيت إن كانت[3] أمة بين رجلين فكاتبها[4] أحدهما على نصيبه باذن شريكه فاستدانت دينا هل يلزم نصف الذى لم يكاتب من الدين شيئا؟ قال: نعم.

قلت: أرأيت إن عجزت بعد ذلك ما حال الدين؟ قال: يكون جميع الدين فى رقبتها كلها، فان أدى[5] عنها، و إلا بيع كله[6] للغرماء.

قلت: أرأيت عبدا بين رجلين أذن له أحدهما فى التجارة دون نصيب الآخر؟ قال: نعم[7]. قلت: و كذلك المكاتب إذا كاتب أحدهما بغير

---

(١) كذا فى م؛ د، و سقط لفظ «كان» من هـ.

(٢) كذا فى م، د؛ و سقط لفظ «قال» من هـ.

(٣) كذا فى هـ، د؛ و فى م «كاتب» تصحيف.

(٤) كذا فى م، د؛ و فى هـ «فكاتب».

(٥) كذا فى هـ؛ و فى م، د «ادين» تصحيف.

(٦) كذا فى الأصول، و الصواب «بيعت كلها».

(٧) كذا فى الأصول، وسقط بعض العبارة منها. وفى المختصر و شرحه للسرخسى ج ٨ ص ٤٦: (عبد بين رجلين أذن له أحدهما فى التجارة فاستدان دينا فهو فى نصيب الآذن خاصة) لأن الآذن رضى بتعلق الدين بمالية رقبته وذلك منه صحيح فى نصيبه دون نصيب شريكه (وكذلك إن كاتب أحدهما بغير إذن شريكه) لأن الشريك لم يرض بتعلق الدين بنصيبه و لا بثبوت حكم الآذن فى نصيبه، بخلاف ما إذا كاتب الكتابة باذنه - اهـ.

إذن شريكه ؟ قال : نعم . قلت : فإن ابتاع الذى أذن له فى التجارة نصف الآخر منه بعد ما لزم العبد الدين أ يكون الدين فى جميع رقبته[١] أم فى نصيب الأول ؟ قال : بل فى نصيب[٢] الأول .

قلت : أ رأيت إن استدان العبد دينا بعد ذلك و السيد لا يعلم أ يكون الدين فى جميع رقبته[٣] ؟ قال : لا ، و لكنه فى النصف الأول . ٥ قلت : و لم ؟ قال : لأنه على إذنه الأول .

قلت : أ رأيت إن علم به السيد أنه يشترى و يبيع بعد ذلك فلم ينكر أ يلزمه جميع الدين فى رقبته ؟ قال : أما فى القياس فلا ، لأنه على حاله الأولى بعد ، و لكنى أستحسن و ألزمه الدين فى جميع الرقبة .

قلت : و كذلك العبد إذا كان بين الرجلين فكاتبه أحدهما لا بأذن ١٠ شريكه ثم عجز ثم اشترى المولى المكاتب الذى كاتب[٤] أما[٥] فى نصيب الآخر ؟ قال : نعم .

قلت : أ رأيت رجلا كاتب نصف عبد له أ له أن يبيع نصفه الآخر ؟ قال : لا . قلت : و لم و ذلك النصف رقيق ؟ قال : لأن[٦]

(١) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « رقبة » خطأ .

(٢) كذا فى م ؛ و فى ه ، د « النصيب » .

(٣) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « فى رقبته » .

(٤) كذا فى الأصول ، و أظن أن بعض العبارة سقط بعد قوله « كاتب » فتخبط المقصود و لم يظهر مقصود السؤال .

(٥) كذا فى م ، د ؛ و فى ه « اما » .

(٦) كذا فى م ، د ؛ و سقط لفظ « لأن » من ه .

نصفه مكاتب . قلت : أرأيت إن باع ذلك النصف من المكاتب هل يجوز ذلك ؟ قال : نعم ، و يعتق ذلك النصف الذى باع منه . قلت : فما حاله بعد ذلك ؟ قال : المكاتب بالخيار إن شاء أن يعجز عجز ، و إن شاء العجز[1] سعى فى نصف قيمته ، و إن شاء مضى على مكاتبته[2] .

٥ قلت : أرأيت إن مضى على مكاتبته فأدى[3] بعضها ثم عجز عنها

(١) كذا فى م ، د ؛ و فى هـ « لم يعجز » مكان « العجز » و ليس بشىء .

(٢) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ج ٨ ص ٤٦ : [و إذا كاتب نصف عبده لم يكن له أن يبيع الباقى) لأنه ثبت للعبد حق التكسب و التقلب لازما ، و فى بيع الباقى إبطال هذا الحق عليه (فان باعه من العبد عتق النصف الذى باعه) لأن بيع النصف من نفسه إعتاق ، و كتابة البعض لا تمنع إعتاق ما بقى منه ، لأن فى الإعتاق تقرير حقه لا إبطاله (و له الخيار إن شاء عجز و سعى فى نصف قيمته ، و إن شاء مضى على الكتابة ، فان مضى على الكتابة و أدى بعضها ثم عجز حسب له ما أدى من نصف القيمة ، و سعى فيما بقى منه) لأن بعتق النصف صار هو أحق بجميع كسبه ، و للولى عليه إما الكتابة و إما نصف القيمة ، فما سبق فيه يكون محسوبا مما له عليه ، و كذلك بدل الكتابة فى حال قيام العقد ، أو نصف القيمة بعد العجز عنه (و ما كان كسبه قبل أن يشترى نفسه فله نصفه و للولى نصفه) لأن نصفه كان مملوكا للولى حين اكتسب هذا المال (فان كان أدى إلى المولى شيئا قبل أن يشترى نفسه فقال المولى : أطرح نصف ذلك المؤدى لأن لى نصف الكسب ، فله ذلك إن كان أداه من شىء اكتسبه ، و إن كان أداه من دين استدانه فلا شىء للولى من ذلك) لما قلنا : إنه فى النصف الآخر مأذون له ، و لا يسلم كسبه للولى إلا بعد الفراغ من دينه - اهـ ص ٤٧ .

(٣) كذا فى م ، د ؛ و فى هـ « وأدى » .

ما القول فى ذلك؟ قال: ينظر إلى ما أدى و إلى نصف قيمته فيحسب له من نصف قيمته ما أدى، و يسعى فيما بقى. قلت: و لم؟ قال: لأنه حيث عجز عن المكاتبة كان عليه أن يسعى فى نصف قيمته.

قلت: أرأيت ما كان كسب قبل أن يبتاع نفسه و هو مكاتب لمن يكون[1]؟ قال: نصفه للولى، و نصفه للمكاتب. ٥

قلت: أرأيت إن كان أدى إلى المولى شيئا قبل أن يشترى نفسه فقال المولى «اطرح نصف ذلك الأداء لأن لى نصف الكسب» هل له ذلك؟ قال: نعم. له ذلك إن كان أدى[2] ذلك من كسب اكتسبه، فان كان أدى ذلك من دين استدانه[3] فلا شىء للولى من ذلك. قلت: أرأيت إن قال المولى «أنا أحاسبه بما أخذت منه قبل أن أبيعه نصفه ١٠ فيكون لى نصف ذلك لأنه كان لى كسبه» أ يكون له ذلك؟ قال: نعم، إن كان ذلك من كسب اكتسبه.

قلت: أرأيت رجلا كاتب نصف عبد له فاكتسب العبد مالا و اشترى رقيقا أيكون نصف ما فى يده من مال أو رقيق أو متاع للسيد؟ قال: نعم. ١٥

قلت: أرأيت إذا كاتب نصف عبده ثم إن السيد اشترى من المكاتب عبدا أو ثوبا[4] أيجوز ذلك؟ قال: نعم، يجوز نصفه، و نصفه

---

(١) كذا فى الأصول، و لعل لفظ «ذلك» بعد «يكون» سقط منها.

(٢) كذا فى م، د؛ و سقط لفظ «أدى» من هـ.

(٣) و فى هـ «استدانة» سهو قلم الناسخ.

(٤) كذا فى م، د؛ و فى هـ «عبدا له ثوب» خطأ.

للسيد . قلت : و كذلك[1] ما كان اشترى المكاتب منه من شيء ؟ قال : نعم . قلت : و لم ؟ قال : لأن ما كان فى يده للسيد .

قلت : أرأيت إن اشترى المكاتب من سيده عبدا هل يجوز ؟ قال : أما فى الاستحسان فهو جائز ، لأن شراءه و بيعه من غيره جائز ، ٥ و أما فى القياس فلا يجوز إلا[2] نصفه . قلت : و لم ؟ قال : لأن نصفه مكاتب و نصفه رقيق ، و بالقياس نأخذ[3] ، إلا أن يكون على العبد دين .

* * * * *

تم بحمد الله و منّه طبع الجزء الثالث من كتاب الأصل للامام محمد رضى الله عنه فى اليوم الحادى عشر من ربيع الثانى سنة ١٣٩١ هـ . و يتلوه ١٠ فى الجزء الرابع منه « باب الرجل يكاتب عبده و هو مأذون له فى التجارة » و الحمد لله على ذلك ، و صلاته و سلامه على رسوله سيد الأنبياء و المرسلين و آله الطيبين الطاهرين .

---

(١) كذا فى م ، د ؛ و سقط لفظ « و كذلك » من هـ .

(٢) كذا فى م ، د ؛ و فى هـ « و إلا » تحريف .

(٣) و فى المختصر و شرحه للسرخسى ج ٨ ص ٤٧ : (و إن اشترى المكاتب من مولاه ففى الاستحسان جاز شراؤه فى الكل) كما لو اشتراه من غيره ، لأن النصف منه مكاتب و النصف مأذون (و فى القياس لا يجوز شراؤه إلا فى النصف) لأن النصف منه مكاتب و النصف مملوك للولى ، و شراء المملوك من مولاه لا يجوز (إذا لم يكن عليه دين) لأنه غير مفيد (و يجوز إذا كان عليه دين) لأنه مفيد ، فكذلك هنا (و بالقياس نأخذ) لأنه أقوى الوجهين ، فالعقود الشرعية غير مطلوبة بعينها بل بفائدتها ، و الله أعلم - اهـ .



للإمام الحافظ المجتهد الربّاني أبي عبد الله محمّد بن الحسن الشيباني

المتوفى سنة ١٨٩

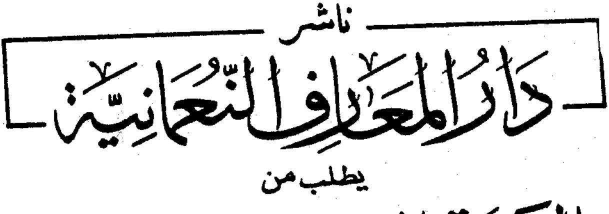
(الجزء الثالث)

اعتنى بتصحيحه والتعليق عليه الفقيه المحدّث الأستاذ

أبو الوفا الأفغاني

رئيس لجنة احياء المعارف النعمانية بحيدر اباد الدكن (بالهند)

ناشر



يطلب من

المكتبة المدنيّة ١٧- اردو بازار لاهور

فون : ٢٢٨٩٧٧ - ٦٢٥٢٠

الطبعة الاولى فى باكستان : ٥٠٠

سنة الطبع : ١٤٠١هـ ـــ ١٩٨١م

الناشر : دارالمعارف النعمانية
الجامعة المدنية ـ كريم پارک ـ لاهور

طبع فى : المكة بريس ـ شارع فاطمه جناح ـ لاهور

فهرست الجزء الثالث
من كتاب الأصل للإمام محمد رحمه الله

كتاب الاستحسان

فلا

مضمون	صفحة

له

مضمون　　صفحة

كتاب الأيمان ١٦٧

كتاب المكاتب ٤٠٧

﴿ تم الفهرس ﴾